Biblioteca Giuridica del Fôro Italiano
VOLUME TERZO

STUDI

DI

DOTTRINA E GIURISPRUDENZA CIVILE

DI

ENRICO CIMBALI

LANCIANO
R. CARABBA EDITORE
1889.

PREFAZIONE

In questo terzo volume della *Biblioteca del Foro Italiano* siamo lieti di offrire ai nostri lettori, insieme riuniti, gli scritti minori, che, intorno alle più svariate dottrine di diritto e di filosofia del diritto civile, Enrico Cimbali sparse nelle nostre più riputate Rassegne scientifiche.

Basta volgere un' occhiata all' indice per convincersi dell' importanza della presente raccolta. Dalla celebre prolusione, *Lo studio del diritto civile negli stati moderni* — letta nel 1881 nella R. Università di Roma e con cui fece le prime armi per imprimere al diritto civile il rinnovamento con tanto calore e con tanta efficacia propugnato — al geniale e tanto discusso studio sull' indole contrattuale del testamento; dallo studio sulla funzione sociale dei contratti e la causa giuridica della loro forza obbligatoria a quello sulla proprietà e i suoi limiti nella legislazione italiana, che gli valse a ventitrè anni la libera docenza nella R. Università di Napoli; da quello sulle fiducie a quell' altro sulla qualità che compete al coniuge superstite per la quota di usufrutto nella successione legittima; si ha tale una varietà di argomenti e tale una novità di vedute da costituire, essi soli, la fama d' un uomo sommo.

D'inedito si trova nel volume una dissertazione a favore del divorzio e di quasi inedito alcune memorie legali scritte per cause di alto rilievo e che, stampate prima in un ristretto numero di esemplari, quì ripubblichiamo per mostrare anche in qual modo fecondo ed originale l' Autore della *Nuova fase del diritto civile* trattava le cause affidate al suo patrocinio. « Egli — così scrive un suo critico recente — nella causa si valeva del caso, che la pratica gli offriva, per compiere, con rigoroso metodo scientifico, indagini nuove e profonde sugli istituti giuridici ad essa attinenti. Dal suo studio, perciò, non venivano alla luce i soliti anemici cataloghi di giurisprudenza faticosamente accozzati, ma splendide monografie. » (1) In effetti, tre di queste memorie legali hanno per oggetto delle ricerche sulla forza probante del testamento olografo regolarmente depositato presso notajo, sul possesso reale in materia di successione e sulla prescrizione degli interessi moratorî: argomenti tutti della massima utilità teorica e pratica. Da quì il titolo della presente raccolta di

---

(1) ALFONSO SUSCA, *Enrico Cimbali avvocato,* nel Numero unico del giornale intitolato *Nel primo anniversario della morte di Enrico Cimbali,* Roma, Fratelli Bocca Editori, 1888. — Intorno a questo splendido Numero Unico, bene a ragione chiamato « l'apoteosi di Enrico Cimbali », così scrive la *Rivista Italiana per le Scienze giuridiche* diretta dal prof. SCHUPFER (Vol. VI. Fasc. 16, pag. 192):

« Con questa intitolazione venne pubblicato, in data del 25 Giugno, un *Numero Unico* destinato a rammemorare il doloroso avvenimento, per cui veniva così barbaramente spezzata quella nobilissima esistenza. È un' abbondante raccolta di tristi saluti, di affettuosi ricordi, di dolenti rimpianti; dove i nomi di personaggi, notissimi nella politica o nella scienza, si alternano con quelli d'affezionati intimi amici, e da cui la bella e la forte intelligenza di Enrico Cimbali emergono in pienissima luce ».

Studî di dottrina e giurisprudenza civile, che parci corrisponda perfettamente al contenuto di essa.

Non vogliamo, nemmeno da lontano, ricordare quantò debba la scienza del diritto civile del nostro secolo al genio di Enrico Cimbali, non a torto chiamato il Cavaliere della legge: sarebbe questo un portar vasi a Samo e nottole ad Atene. Il suo nome è ormai popolarissimo e legato per sempre al rinnovamento, che, specialmente per opera sua, questa scienza ha subìto negli ultimi tempi. Della *Nuova fase* il professor Biagio Brugi, il valoroso autore dei *Fasti aurei del diritto romano,* diceva, che lo faceva ripensare alle *Disputationes* dell' Alciato, che furono un guanto di sfida gittato in faccia alla legione dei bartolisti. Ad un illustre Avvocato erariale, Oronzo Quarta, lo stesso libro fece scrivere che rassomiglia ad un' opera michelangiolesca in cui « con la critica franca e severa del libero pensatore, con l'ardimento dell'intelletto giovane e poderoso, con l'occhio profondo e sicuro del sapiente, tutti i più importanti istituti giuridici sono chiamati come ad *un giudizio universale.* » Domenico Di Bernardo, l' esimio cultore di scienze giuridiche e sociali che tante belle prove ha date della sua dottrina e del suo ingegno, non si peritò di affermare che Enrico Cimbali fondò una nuova scienza: quella che egli, con felice espressione, chiama « Sociologia giuridica. » La quale verità è pienamente accettata da Giuseppe Carle, l'insigne autore della *Vita del Diritto*, il quale scrive, che il nuovo e grande intento che traspare da tutti i lavori, di grossa o piccola mole, del nostro filosofo e giurista è « quello di studiare il diritto nella sua funzione sociale. » Da ciò Giulio Fioretti tirava la conclusione, che l' Opera di Enrico Cimbali, dopo tanti secoli di inesplicabile immobilità, venne a segnare

un' era nuova nella giureprudenza. (2) Nè, com' è facile supporre, l' influenza delle idee cimbaliane si è fermata in Italia: ha, invece, sorpassato i confini della patria nostra — la patria classica del Diritto — mettendo in fermento le dottrine dei giureconsulti e dei legislatori degli altri paesi civili di Europa. (3)

Non facciamo, adunque, speciale raccomandazione pel benevolo accoglimento di questo volume da parte degli studiosi. Il nome che porta è tale bandiera da raccomandarlo da sè; e, appunto fermi in questa fiducia, noi non abbiamo risparmiate cure e fatiche perchè queste *frondi sparte* formassero un tutto il più organico e il più utile possibile.

E sia anche questo volume una corona immarciscibile di gloria, che deponiamo riverenti sulla tomba del grande quanto disavventurato Autore, apertasi, con vivo dolore dell' Italia intera, or son quasi due anni, alla vigilia, com' è a tutti noto, di un vero plebiscito, con cui il suo nativo Collegio elettorale politico voleva aprire ben altri orizzonti all'altezza del suo genio, alla nobiltà del suo carattare di stoico antico ed allo slancio della sua anima perennemente entusiastica. Intorno all' immatura morte di Enrico Cimbali, di questo Bellini della legislazione, morto a non ancor trentadue anni, così scriveva, con prosa ciceroniana, tentando di consolarsi — e fu questo l' ultimo suo scritto, il canto del cigno — il suo grande e degno maestro, Pasquale Stanislao Mancini, pur esso di recente scomparso dalla scena del mondo:

(2) Tutti questi giudizii, tranne quello del Di Bernardo, trovansi riprodotti nel citato Numero Unico.

(3) G. Vadalà-Papale, *Commemorazione del prof. Enrico Cimbali* letta nel 2 luglio 1887 nell' aula magna della R. Università di Catania, Catania, Tipografia Martinez, 1887.

« Oh quali meditazioni possono sorgere dal lagrimevole avvenimento! A qual pro una creatura umana deve nascere, dibattersi nell'infanzia con le difficoltà di crescere e di procacciarsi lentamente le condizioni fisiche idonee alla vita, consacrare l'adolescenza e la gioventù a faticosi studi, infine prendere possesso della scena del mondo per rappresentarvi una parte importante; e, quando ormai si acquistarono le forze necessarie per combattere le lotte del pensiero e dell'azione, come e perchè sopraggiunge prematura, inaspettata la morte? Una giovane esistenza che si spegne è come la pianta che anzi tempo si dissecca, come il fiore che si avvizzisce prima ancora di aprire i suoi petali al raggio vivificatore del sole. Che significano cotesti fenomeni? Forse la natura, in tutti i suoi ordini, ha misteriosi pentimenti? O, se disse vero quel poeta che scrisse

Muor giovane colui che al cielo *è caro*

deve forse pensarsi, che l'immatura morte fu preservazione da mali e sventure atroci e perciò fu beneficio e dono del Cielo? » (4)

Aprile 1889.

L' EDITORE.

(4) Numero Unico citato.

PARTE PRIMA

STUDI DI DOTTRINA

I

Lo studio del diritto civile negli Stati Moderni

(Prolusione letta nella R. Università di Roma il 25 Gennaio 1881)

SIGNORI,

Presentandomi in questo augusto recinto a trattare di diritto civile, io sento invadermi l'animo, più che da una viva commozione, da un sacro spavento; poichè so di non potersi proferire questa grande parola, senza vedersi sorgere alla mente, in tutta la maestà della loro figura, l'ombra veneranda dei giureconsulti romani, di quei giureconsulti che mantennero alto lo scettro e la supremazia di Roma, quando già le sue armi e il suo potere eran caduti sotto la spada vincitrice dei barbari conquistatori. Sarebbe una grande temerità, se non fosse prima una grande necessità questa che - in tanto mutare di uomini e di cose, in tanto evolversi continuo e persistente della vita sotto la influenza inesorabile di nuovi bisogni e di nuove condizioni sociali - c'impone di studiare quali siano le forme e gl'istituti giuridici più adatti e più rispondenti alle cangiate esigenze dei tempi, quali le norme regolatrici cui vanno sottoposti, perchè possa serbarsi nei rapporti del vivere civile quella reale e razionale proporzione che *servata societatem servat, corrupta corrumpit.*

Come sono mutati i tempi, e di quanto son diverse le condizioni della vita in cui siamo chiamati a vivere noi, da quelle

in cui vissero ed operarono i gioreconsulti romani! Si trovavano essi in mezzo ad una società che - compendiando in sè, per una provvida vicenda di propizie combinazioni e di felici adattamenti, gl' istinti vigorosi e le forze esuberanti delle stirpi più giovani e più gagliarde della penisola italiana, pieno l' animo della grandezza delle proprie origini - si sentiva chiamata a compiere nel mondo una missione ancora più grande.

Il giureconsulto romano rappresenta il tipo del grand' uomo, della grande personalità che si leva al disopra del volgo e lo governa: il mondo giuridico si aggira intorno a lui, come il mondo politico intorno a Cesare o ad Augusto. Anzi, l' *eroe* e il *giureconsulto,* uniti insieme, costituiscono il tipo completo dell' *uomo romano;* e la loro missione si collega e s' integra in modo veramente meraviglioso.

Roma aveva bisogno di conquistare i popoli colle armi e di governarli colle leggi: al primo ufficio provvide l' eroe, al secondo il giureconsulto. Più feconda e più durevole però di quella dell' eroe, l' opera del giureconsulto; poichè essa sopravvisse e s' impose agli stessi vincitori, quando l' opera dell' eroe era già stata costretta a dissolversi. E l' opera eminentemente grandiosa e rinnovatrice del giureconsulto stava in ciò, che egli, pur mantenendo alto ed inviolato il rispetto del *jus strictum quiritarium,* si studiava nondimeno, sotto l' azione incessante degli urgenti bisogni e delle mutate condizioni sociali, di temperarne la rude severità primitiva ricreandolo alle pure ed inesauribili sorgenti del *jus gentium.* Era entrata in Roma l' onda vivicatrice della filosofia greca; ma essa, posta al contatto del genio positivo ed assimilatore dei romani, perde il fascino del suo lirismo e delle sue metafisiche astrazioni, per convertirsi in norma costante regolatrice della vita pratica, e diviene *diritto.*

Lo stoicismo greco in Roma si palesa e si trasforma appunto

in quel *jùs gentium* che i giureconsulti romani, credendo di derivarlo immediatamente dalla natura, lo qualificarono come il codice perduto dell' umanità, e come tale si sforzavano, coi loro editti e i loro responsi, di restituirlo al suo vero tipo originario, allontanandosi dal quale si era deturpato e corrotto. Magnanima confusione però! poichè, mentre essi avvisavano di restaurare il diritto perduto del passato, non faceano che pronunziare il nuovo diritto e scoprire la terra promessa dell' avvenire. Gli è perciò che vediamo denominare e compiere come un vero sacerdozio l' ufficio del giureconsulto. E tale fu di fatti; poichè mediante di esso la *plebs* si trasforma in *populus,* l' *hostis* diviene *civis,* e la persona umana che, sotto il regime del carme decemvirale, trovavasi compressa e mutilata sotto mille vincoli fittizi, improntati al rigido formalismo aristocratico e religioso di Roma primitiva, acquista, colla piena affermazione di sè, il libero esercizio e la valida guarentigia dei proprii diritti nell' ordine del vivere civile.

Apostolo di equità ed organo vivente della coscienza popolare, il giureconsulto romano potè adempiere benissimo la sua missione, finchè il popolo di Roma ebbe una coscienza ed una forza da far valere nel mondo. Ma a misura che, con l' esaurirsi delle forze logorate in tante lotte dispendiose e in tanti secolari travagli, veniva anche di necessità a smarrire la coscienza del proprio essere e del proprio destino, Roma non ebbe più quella gagliarda e tenace individualità di cui un giorno potè meritamente gloriarsi; onde, lungi dall' assimilare e soggiogare gli elementi rivali con cui trovossi in contrasto, cominciò a lasciarsi dominare ella stessa. Spegnendosi la forza militare e politica di Roma, che costituiva il primo lato della sua vita, dovea di conseguenza spegnersi anche il secondo, che ne formava il complemento e l' integrazione - la vita giuridica; e spegnendosi

l' una e l' altra, il movimento naturale e spontaneo del diritto veniva a cessare, e con esso l' opera feconda del giureconsulto classico non trovava più libero campo per manifestarsi. Sentendosi oramai impotenti a creare, non restava che raccogliere e conservare in degno monumento i gloriosi avanzi di tanta grandezza: a questo triste, ma supremo ufficio, provvide, con elevato pensiero, Giustiniano, lasciando lo splendido e doloroso retaggio alle generazioni venture della dottrina e della sapienza imperitura di Roma latina.

Roma, pria di morire, avea creduto fare di troppo scrivendo nel suo testamento politico la *cittadinanza* di tutti i popoli che avea soggiogati; ma questi, come venne meno la potenza cui aveano obbedito, non patirono più di scorgere nel *diritto* il frutto della concessione altrui, e vollero trovarvi il legittimo esercizio di una libera facoltà propria. Vediamo così cominciare ad affermarsi l' altra parte, e la più negletta dell' uomo nel mondo antico - l' *individuo*.

Al *jus civitatis* si contrappone come antitesi il *jus umanitatis,* qual' espressione e conseguenza dell' amore ed origine comune che lega tutti gli uomini sulla terra. Banditore del nuovo domma rigeneratore si fa il Cristianesimo che, nato in Oriente, emigra in Occidente, nel paese della storia. Ma l' individualismo nascente, mentre da una parte vide il suo principio e la sua giustificazione nella dottrina trionfante del Cristianesimo, trovó d' altra parte la sua forza di esplicamento e di attuazione nella potenza irrompente dei barbari.

Abituati a vivere poveri sì, ma liberi, nella solitudine delle loro vergini foreste, sempre in contatto ed in lotta cogli elementi e con altre orde selvagge per disputarsi il cibo e la vita, i barbari non potevano sentire nessun rispetto e nessun attaccamento verso le istituzioni civili dei romani; le quali anzi,

qualche volta, aveano provato essere strumento di servaggio e di oppressione. Si prepararono quindi a distruggerle come prima ne ebbero il potere e l'occasione. Coi barbari s'inaugura il regno della forza; non che la forza non abbia sempre governato il mondo, ma la forza questa volta si esercita in nome dell'individuo, non più della città.

Il diritto, ch'è un istituto il quale compendia in sè e disciplina, in tutto il loro molteplice atteggiarsi, i diversi rapporti della vita sociale, trovò anche allora la forma più rispondente ai bisogni e più favorevole allo sviluppo materiale e morale dell'umanità vivente in quel dato momento storico. E poichè gli elementi sociali in quell'epoca, non ancora ricongiunti nell'unità di un organismo superiore, vivevano in uno stato libero, autonomo, indipendente fra di loro; così è che fu necessità per ognuno di essi sottostare a quella serie di regole e di norme direttive, che erano le più conformi e le più adatte alla sua conservazione ed al suo esplicamento; regole e norme che, d'altra parte, si mostravano del tutto diverse da quelle cui gli altri elementi egualmente liberi della società obbedivano. Onde la conseguenza naturale e la necessità inesorabile ad un tempo che, nel medio evo, come vi era differenza ed indeterminazione nella vita, del pari ci fosse differenza ed indeterminazione nelle leggi che doveano governare quei popoli e quelle società diverse per origine, per costumi, per tradizioni, per tendenze. E quindi vediamo, nell'istesso momento e sotto il medesimo cielo, in mancanza di una legge territoriale unica che governasse, in nome di un potere centrale fortemente costituito, cittadini e stranieri, laici ed ecclesiastici, barbari e romani egualmenti tutti; coesistere invece ed imperare con efficacia pari alla importanza dell'autorità onde emanavano - il diritto romano, il diritto barbarico e feudale, il diritto ecclesiastico, il diritto statutario.

Però, come avvenne nella vita, anche nel diritto dovea avvenire che l'elemento più forte, senza negare gli altri, attraendoli a sè come intorno al centro principale di azione, ed assimilandone la parte più vitale e più consistente, li avesse trasformati nell'unità di un organismo che, essendo la risultante proporzionata di tutti, non potea dirsì l'opera esclusiva di nessuno. Ma per compiersi questa lenta e graduale trasformazione, così della vita, come del diritto, era mestieri del tempo e della lotta: e se grande fu il periodo di tempo che dovette trascorrere, più grande ancora e più aspra fu la lotta che dovette combattersi prima di giungere alla felice evoluzione.

Il Diritto Romano avea cessato d'imperare come organo diretto ed immediato di un potere sovrano vivente; ma, essendo esso il frutto della sapienza e della esperienza secolare del popolo più civile e più positivo del mondo, si mostrò il meglio adatto di tutti, per attrarre nella propria orbita e trasformare nei potenti tessuti del proprio organismo, tutti gli altri elementi della legislazione allora dominante. Col culto del Diritto Romano si dischiude l'epoca del rinascimento nella legislazione: e il culto del Diritto Romano fu grande e fecondo, poichè esso conteneva in sè i germi di una forza di espansione e di riproduzione senza esempio.

In questo periodo, più che lungo, faticoso d'incubazione, come della vita in generale, anche del diritto in particolare, spicca - banditore di ordine e di libertà, sul cupo fondo sociale agitato da tante lotte, macchiato da tanto sangue, contristato da tanti atti di oppressione consumata e da tanto strazio di libertà compressa - nuovamente il tipo del giureconsulto. Splendida la sua figura, grande la sua missione, il giureconsulto medioevale diviene il *cavaliere* della legge.

Vivendo in tempi burrascosi, tumultuarii, anarchici, senza

un potere sovrano fortemente costituito, senza una legislazione uniforme generalmente riconosciuta, in mezzo ai continui dissidî e all' acerbo conflitto tra l' impero e la chiesa, tra il feudo e il comune; il giureconsulto di quell' epoca non vede al disopra di sè una forza ed un' autorità sociale dalle quali possa trarre guarentigie di libertà e di sicurezza per l' esercizio indipendente della propria missione. Gli fu d' uopo quindi restringersi in sè, e trovare in sè la forza bastevole per traversare tante burrasche, sfidare tanti pericoli, comporre tanti litigi. E il giureconsulto, fidando solo nella potenza del proprio ingegno e della propria dottrina, si leva paladino dell' ordine e della libertà, amico dell' impero e dei comuni, combattendo virilmente la tirannia feudale, e l' esorbitanza sacerdotale.

Intanto, dopo lotte secolari e tormentosa preparazione, dopo luttuose vicende e disordini inauditi, la società moderna, raccogliendo nel suo seno la ricca ma dispendiosa eredità trasmessale dal medio evo, sentiva col bisogno profondo di pace, quello altresì di ricomporsi sopra solide basi e permanenti. Risultato di questo doppio bisogno sorsero i grandi Stati in Europa; e con essi, come si era raggiunto un certo assetto negli ordini politici, voleva anche conseguirsi un assetto non meno durevole in quelli della legislazione. Ma sulle prime non si era in grado di poterla rompere addirittura col passato; poichè erano tante e così salde le istituzioni che al medesimo si collegavano, così radicati certi privilegi tuttora esistenti, troppo aspre ancora le punte e grandi le lacune che separavano le diverse parti del corpo sociale, diviso in classi, in corporazioni e in ordini aventi foro e tradizioni proprie - da non poter fondare, con certa speranza di successo, unica legislazione comune per tutti i cittadini dello Stato.

Bisognava prima cominciare dall' unificare la vita, perchè fosse possibile di unificare anche la legislazione poi. E la vita,

sotto la vigile influenza di un potere centrale per sua natura e per suo interesse livellatore, e sotto l'influenza ancora più diretta e più feconda delle mutate esigenze ed aspirazioni sociali, cominciava ad unificarsi. Onde a misura che certi rapporti nuovi, frutto di un bisogno e di una tendenza comune nuova, manifestavansi nella società, venivano essi consacrati da una consuetudine costante: e molto più spesso, quando erano di qualche rilievo, sanzionati da leggi e disposizioni speciali emanate direttamente dal potere sovrano.

In seguito a questo lento ma progressivo lavorìo di unificazione nella vita, i popoli si sentivano maturi abbastanza per l'unificazione legislativa.

E tutti i grandi Stati più colti del continente europeo vi si accinsero con alacrità e con ardore, appena sentirono giunto il momento della codificazione delle leggi. Onde a breve distanza di tempo, negli ultimi anni del trascorso e nei primi del presente secolo, vediamo, con ordine graduale, pubblicarsi il codice prussiano, il codice francese e il codice civile austriaco.

Ultimo fra tutti, coll'intervallo di più di mezzo secolo, comparve il codice civile italiano, espressione e monumento solenne della nostra unità nazionale. Esso, sebbene pur poteasi e doveasi in certo modo tener conto del prussiano e dell'austriaco, fu modellato unicamente sul codice civile francese, al quale però si apportarono delle felici e non mediocri innovazioni, frutto della patria dottrina e tradizione.

Il codice civile italiano, o Signori, oramai appartiene alla storia della legislazione: e la storia lo ha di già esaminato e giudicato da qualche tempo, perchè io non debba nè possa oggi dinanzi a voi decantarne i pregi od accusarne i difetti.

L'opera del patrio legislatore, bene o male, è stata fatta; ma l'opera della patria dottrina e giurisprudenza è stata fatta

del pari? ed abbiamo noi una dottrina ed una giurisprudenza veramente nazionali?

Io tengo conto, o Signori, in gran parte della brevità del tempo ed in gran parte anche dell' avversità dei casi; ma qui, in questo antico tempio della sapienza, in questa terra gravida di tradizioni gloriose e ricca di memorie imperiture, non è permesso d' illuderci o di mentire a noi stessi, nè di cingerci allori che non abbiamo meritati, o superbire di una corona che altri ci ha miseramente strappata. Cerchiamo invece, ed è nostro debito supremo, di studiare colla calma serena di chi vuole davvero far l' analisi accurata e coscenziosa di un fenomeno che si porge al suo esame, coll' amore ardente di chi vede nello studio di quel fenomeno elevarsi un problema di patriottismo e di dignità nazionale, quale in questo momento è la nostra situazione effettiva di fronte agli altri Stati che possono qualificarsi come i veri rappresentanti del pensiero giuridico moderno, per ciò che riguarda soltanto il rapporto del diritto civile; e quale secondo il nostro genio e le nostre tradizioni nazionali può e dovrebbe essere. Io non intendo, in questo breve discorso, esagerare mali che non abbiamo, nè occultarlo menomamente se qualcuno ve ne ha che merita di essere combattuto; poichè so che la vanità o la timidità, la troppa iattanza o la eccessiva paura, sogliono essere i peggiori e più funesti consiglieri dello spirito umano.

È già qualche tempo, o Signori, che può dirsi risoluta per sempre la famosa quistione, agitatasi con tanta passione nella prima metà di questo secolo, se mai convenga meglio agli Stati moderni, per regolare i molteplici e cresciuti rapporti della loro vita civile, l' impero dei codici che costituiscono la legislazione scritta, o quello delle consuetudini che formano la legislazione non scritta. La dotta discussione però sull' importante argomento

non è stata infeconda. Poichè si è riconosciuta da una parte la suprema utilità dei codici, nelle società moderne, dove - cessata la spontaneità primitiva, quell' attaccamento tenace ed invincibile verso le tradizioni venerate dei maggiori, quell' amore profondo verso tutto quanto ci è stato trasmesso, congiunto anche a un certo sacro terrore per tutto ciò che, avendo sembianza di novità, ci si presenta come qualcosa che può recare oltraggio alla religione dei nostri avi, od offendere l' autorità inviolabile dello Stato - il soffio animatore del libero esame, nell' impeto della sua prima esplosione, cerca tutto indagare, distruggere e rinnovare. E i codici, invero, dando una impronta certa ed inalterabile alla volontà del legislatore, sogliono evitare le incertezze e le ingiustizie, gli atti di arbitrio inaudito e le frodi abilmente consumate. Ma d' altra parte è entrato come domma nell' opinione universale il principio, che il legislatore non dee più riputarsi l' arbitro e il creatore delle leggi, dotato di una onnipotenza senza nome e senza limiti; ma ch' egli invece, qualunque sia la forma politica onde si manifesta, collocato nel centro della nazione e riflettendone le idee, i bisogni, le tendenze, i sentimenti, le aspirazioni, debba considerarsi come il vero rappresentante dello spirito nazionale, l' organo immediato ed autorevole della coscienza popolare.

Il problema legislativo adunque può dirsi risoluto decisamente negli Stati continentali moderni, senza distinguere tra essi i popoli di razza latina e quelli di razza germanica; poichè tutti o l' hanno già compiuto o tendono, nella parte deficiente, alla codificazione delle loro leggi. Dove può dirsi tuttora irresoluto il problema, al quale intende darsi una soluzione del tutto diversa secondo il genio e la coltura diversa dei popoli chiamati a risolverlo, si è nel metodo che debba seguirsi, così nella codificazione delle leggi e nel loro insegnamento, come

nella forza di attuazione e di esplicamento che le leggi codificate debbono serbare di fronte al lavoro dell'interprete, si presenti esso sotto la forma dottrinale del professore e dello scrittore, sotto la forma pratica dell'avvocato, o sotto quella giudiziale del magistrato.

Il popolo francese, il quale fu primo nel dare agli altri di razza latina l'esempio di un codice che, tenuto conto del tempo in cui fu scritto, può dirsi veramente notevole, mostrandosi dotato, come in ogni altra cosa anche in questo, di uno spirito eminentemente positivo e conservatore nella pratica, per quanto possa mostrarsi idealista e decisamente rivoluzionario in teoria; si attenne con fedeltà grandissima, nella distribuzione delle materie contenute dal codice civile napoleonico, all'ordine seguìto da Giustiniano nel compilare le sue Istituzioni, ordine che questi alla sua volta aveva attinto, introducendovi solo poche variazioni, alle famose Istituzioni di Gajo. E gli scrittori quasi tutti, si sono tenuti strettamente, nei loro numerosi e più o meno pregevoli commentarï, all'ordine seguìto dal legislatore francese.

Quanto poi all'azione impersonale della legge, posta in raffronto col lavoro personale dell'interprete chiamato a sviscerarla nei molteplici e variabili rapporti della vita, non può dirsi che vi sia una regola costantemente ricevuta e costantemente eseguita in Francia; poichè si è passato più volte, con quella facilità che distingue l'indole del suo carattere, da un estremo all'altro. Ed or si è stati troppo osservanti sino all'estrema pedanteria del testo formale e della lettera precisa della legge; or si è divenuti anche troppo intemperanti e sprezzanti della parola chiara ed esplicita della legge medesima, per muovere alla scoperta dello spirito di essa, il quale poi non si è trovato che nell'idea fissa e prestabilita di coloro che intendevano ricercarlo. Questo indirizzo della dottrina si è ripercosso

perfettamente nella giurisprudenza francese, la quale non ha tenuto mai un principio unico direttivo nelle sue manifestazioni, malgrado la Cassazione unica di quel paese: ci ha offerto anzi lo spettacolo poco edificante quest' ultima di dare, nelle sue decisioni, ora la prevalenza assoluta alla nuda parola della legge con Merlin, ed ora di passar sopra al testo formale della legge, per farne trionfare il decantato spirito, con Troplong. Onde la massima, divenuta celebre, della *lettera che uccide* e *dello spirito che vivifica.* — Esagerazione nell' uno e nell' altro caso; poichè la parola e lo spirito della legge, anzichè essere due cose tra loro diverse, uniti insieme costituiscono il vero e completo organismo della legge. E nell' uno e nell' altro caso, or per volersene fare troppo servi, or per volersene fare troppo padroni, or per voler ubbidire troppo ciecamente, or per voler comandare troppo sfacciatamente, si viene inevitabilmente alla conseguenza, sempre deplorevole, che la legge non può mai esercitare regolarmente il suo giusto ed utile impero nel governo dei molteplici e variabili rapporti della vita: o perchè, compressa troppo, diviene illiberale ed impotente a soddisfare i nuovi bisogni e le nuove esigenze sociali; o perchè, facendosi esorbitare anche troppo dai suoi retti confini, riesce a perturbare, contro ogni legittima previsione, diritti ed interessi saldamente costituiti e che si credeano prima anche saldamente garantiti dalla legge medesima. Gli è così che, tanto la prima quanto la seconda volta, solo il caso diviene l' unico arbitro della persona e dei beni dei cittadini. Ed accade ciò in Francia, in quanto fan difetto assolutamente principî direttivi che possano servire di regola fissa e costante nella retta applicazione ed interpretazione della legge; e quelli che si hanno, son troppo astratti e troppo indeterminati perchè sian tali da rispondere pienamente alle continue esigenze della vita. E colla mancanza assoluta di prin-

cipî scientifici direttivi, importanti non pure dal semplice lato teorico, ma fecondi di utili conseguenze nella pratica eziandio, possiamo spiegarci il grande empirismo che domina nella dottrina e nella giurisprudenza francese, le grandi oscillazioni e i rapidi passaggi, e l' arbitrio che regna grandissimo tanto nell' una quanto nell' altra.

Allo spirito eminentemente empirico della Francia in materia di legislazione, si contrappone come antitesi lo spirito eminentemente speculativo della Germania. Quivi da una parte troviamo il codice civile prussiano, al quale il Savigny mosse il rimprovero di adoperare una forma eccessivamente didattica, e di mostrarsi eccessivamente prolisso nelle sue disposizioni; e il codice austriaco che, nella distribuzione delle materie onde si compone, venne anche ordinato a sistema scientifico, e che, avuto riguardo al tempo in cui vide la luce, costituisce un pregevole monumento legislativo. Nell' impero tedesco si attende con grande aspettazione un codice civile universale, come si ha già un codice universale di commercio; e forse non tarderà molto a farsi aspettare, poichè concorrono mirabilmente in Germania tutti gli elementi per una buona codificazione. Gli scrittori intanto, sia che commentino il codice austriaco, sia che commentino il codice prussiano, sia, più comunemente ancora, che scrivano trattati di diritto romano - son soliti adottare il sistema scientifico nella disposizione delle materie che formano l' obbietto dei loro scritti. Possono disconvenire, come disconvengono difatti, nella distribuzione delle singole parti onde si compone il sistema; ma è fuori dubbio però che il metodo sistematico è quello che predomina decisamente nella scuola germanica. Questa tendenza e questa applicazione del sistema nell' ordinamento e nell' insegnamento delle materie legislative in Germania, non è che il risultato e

l' espressione dell' intimo nesso regnante nelle idee presso quel popolo eminentemente scientifico.

Riguardo poi al concetto che si ha in Germania intorno all' azione moderatrice e vivificatrice della legge, ed all' ufficio che debbono esercitare coloro i quali son chiamati a farne valere l' impero e l' autorità nelle mutevoli e multiformi relazioni della vita civile, dominano principï del tutto opposti a quelli che trovansi in onore presso la dottrina e la giurisprudenza francese. In germania, adunque, conforme allo spirito profondo di speculazione che costituisce la nota più spiccata del suo genio, come negli altri rami, si ha un concetto molto organico della legge anche nei rapporti della vita civile. E la legge si considera come un essere vivente, il quale ha bisogno sempre di muoversi e trasformarsi continuamente nel tempo e col tempo, a misura che cambiano le condizioni e le necessità che è destinata a soddisfare.

La quistione quindi, tanto celebre e che ha fatto fortuna in Francia, tra lo spirito e la parola della legge, può dirsi quasi completamente ignota in Germania. La quistione piuttosto importantissima e che merita di essere risoluta presso i tedeschi è questa: se cioè, e fino a qual punto, debba contenersi la forza di espansione e di riproduzione che si riconosce da tutti nella legge. Che la legge scritta debba soppiantare la consuetudine per fatale necessità dei tempi, è quasi ritenuto come un domma anche dai meno credenti nella efficacia dei codici. Dove si discorda però si è nel determinare fino a qual punto sia dato all' interprete e al magistrato di estendere l' impero e l' autorità della legge, come organismo vivente in contatto colle forze sociali circostanti; e forse anche questa non è l' ultima delle cagioni che hanno finora contribuito a ritardare la pubblicazione di un codice civile universale tedesco.

Se vi ha dunque qualcosa da deplorare su tale riguardo in Germania, non è, come in Francia, la mancanza assoluta di principî direttivi, ma, al contrario, il predominio eccessivo dei medesimi; i quali, d'altro canto, mantenendosi in una sfera troppo astratta, fan sì che il dramma della vita civile non possa cogliersi in tutta la verità delle sue tinte, in tutta la precisione dei suoi contorni, in tutta la regolarità delle sue mosse. E si cade quindi per motivi diametralmente opposti a quelli che si palesano in Francia, nell' arbitrario e nell' indeterminato anche in Germania: ivi per troppo empirismo, qui per troppo razionalismo; lì perchè si sacrificano i principî ai fatti, qui perchè i fatti scompariscono dinanzi all' importanza dei principî; lì, perchè sentendosi troppo assorbiti dalla vita reale, non si ha nè tempo nè voglia di cercare le norme direttive e costanti che debbono governarla - qui perchè, essendo abituati a vivere troppo chiusi in sè e a lasciarsi vincere dalle alte necessità della vita ideale, si dimenticano pur troppo, le mutevoli, ma non per ciò dispregevoli necessità della vita reale: la prima possiede soltanto la pratica del diritto, mentre la seconda non ama che di costruire unicamente la teorica del diritto; nell' una si conserva ancora religiosamente la distribuzione esteriore delle materie adoperata da Gaio e da Giustiniano, nell' altra si lavora attivamente, senza tener molto conto dell' ordine estrinseco, per fecondare e ringiovanire, in contatto coll' elemento germanico, lo spirito immortale dei giureconsulti romani; nell' una il trionfo assoluto del fatto, nell' altra il trionfo assoluto dell' idea.

Il certo è però che comunque, per motivi affatto opposti, si porgano incomplete presso entrambe le cennate nazioni; così la Francia come la Germania possono superbire di una dottrina giuridica e legislativa propria. E l' Italia che fu la patria dei giureconsulti romani prima, dei glossatori e dei grandi giureconsulti del Rinascimento poi, questo medesimo vanto non può me-

narlo. A noi, miseri eredi di un gran nome e di una grande fortuna perduta, non resta ora che l'ingrato ufficio di chiedere l'obolo dell'elemosina a coloro stessi che, più abili e più operosi di noi, si sono arricchiti delle nostre spoglie; e che, pur concedendocelo, ci fanno sentire tutta l'umiliazione di chi dà soltanto senza nulla ricevere in cambio. Abbiamo picchiato sino a ieri alle porte della Francia, ed ella ci ha concesso di esportare tra noi la dottrina dei suoi scrittori, la giurisprudenza dei suoi tribunali; ma oggi che, colla sorte delle armi, anche il primato della scienza giuridica è passato decisamente in Germania, noi, magnanimi mendicanti, ci siamo rivolti anche alla Germania chiedendole i vasti tesori della sua profonda speculazione.

Quel che dobbiamo deplorare, o Signori, non è di avere cercato presso gli altri quelle merci che mancavano in casa nostra; ma si è invece che non abbiamo avuto nulla da dare in compenso di quel che abbiamo ricevuto, e godiamo intanto presso lo straniero la reputazione di debitori insolvibili. Io capisco, lo credo anzi una necessità imperiosa dei tempi moderni, lo scambio internazionale anche nell'ordine delle idee; ma non so capire però, nè giustificare come una nazione, illustre per natali e per tradizioni gloriose, possa soffrire l'amaro affronto di pigliare soltanto senza metter nulla di suo nella bilancia internazionale in un dato ordine di idee e di principiï. E questo appunto, con nostro grande disdoro e vergogna, avviene miseramente per l'Italia. Avviene anzi, cosa più notevole e più dolorosa, che, coll'abitudine di consumare gratuitamente la merce degli altri cominciamo mano mano a non sentire più il bisogno di produrre merce propria; e quest'abitudine, protratta di troppo, potrebbe segnare la nostra completa rovina il giorno in cui ci toccasse l'infausta sciagura di perdere, colla coscienza, anche la fede nelle nostre forze.

Ma questo giorno, o Signori, di abbassamento e di totale

abdicazione alla legittima influenza che ci spetta nel mondo, per le nostre tradizioni e il temperamento del nostro genio nazionale in ordine alla materia del diritto privato, non verrà mai; poichè ci resta ancora un tesoro inesauribile di forza e di fede da contraporre allo straniero. Abbiamo avuto la potenza di emanciparci dalla tirannia politica forestiera, e non vorrà bastarci l'animo di poterci emancipare egualmente dal suo dispotismo scientifico? Emanciparci non importa che dobbiamo isolarci, come emancipandoci e divenendo indipendenti in politica non ci siamo isolati dal consorzio delle altre nazioni; ma importa bensì che, ridestando la nostra fede, ravvivando le nostre forze ed esercitando virilmente il nostro genio, ci mettessimo in grado di presentarci nel grande scambio internazionale delle idee con produzioni proprie, ottenute in parte sui materiali nostri, in parte anche sui materiali altrui. E con questa fede non ci sarà difficile di riacquistare il posto perduto nel mondo, e di restaurare nel campo del diritto privato l'autorità tradizionale del nome italiano.

Ma intanto, più che il deplorare, ci tocca l'operare; più che il profonderci in sterili rimpianti, ci tocca il muoverci con azione feconda. Vediamo dunque se sopra quegli stessi punti cardinali del diritto civile, sui quali così la Francia come la Germania, per quanto appaia incompleta, possono menar vanto di una dottrina propria, non sia dato anche a noi di mettere innanzi certi principî che, allontanandosi egualmente dagli estremi opposti in cui si rompono la dottrina francese e la tedesca, non riescano poi i più conformi alla vera natura di siffatti istituti, mentre d'altro canto rispondono più completamente all'indole del nostro spirito e delle nostre tradizioni nazionali.

La tendenza del mondo moderno, o Signori, è verso la disciplina e verso l'organizzazione. Tutti i rami del sapere mirano

incessantemente a stabilire fra di loro un nesso armonico di rapporti, che valga a ricongiungerli tutti, come sparse membra, nell' unità di un vasto organismo comune superiore. A questo lavoro assiduo ed importantissimo, diretto a ricostruire con criteri positivi e sopra basi eminentemente fisiologiche il grande albero enciclopedico della scienza universale, si associa un lavoro non meno assiduo e fecondo, diretto a congiungere ed ordinare le singole svariate discipline onde si compone ciascuna scienza, integrandole e specificandole sempre meglio, anche nell' unità di un organismo inferiore del quale formano gli elementi armonici costitutivi. Siffatta tendenza generale, però, come si manifesta in tutti gli altri rami del sapere, si manifesta altresì nel campo delle scienze giuridiche; ed oramai, quale specchio e riproduzione di una *fisiologia* della società, abbiamo pure una *fisiologia* del diritto. E il diritto, costituendo un aspetto importantissimo della vita, anzi investendola in ogni sua singola forma di manifestazione, si muove anch' esso in questa direzione, non pure nel complesso generale dei suoi principî, ma nello sviluppo di tutte le singole parti onde si compone eziandio. Allo stesso moto infaticabile di organizzazione è mestieri obbedisca, come parte del diritto in generale, il diritto civile in particolare. Da ciò la necessità del sistema, che tanto si deplora e tanto si sospira oggi universalmente da tutti.

I tentativi di sistemazione del diritto civile che, con alterna vicenda, abbiam visto succedersi finora, si sono mostrati tutti, per la massima parte, travagliati da un peccato di origine comune: quello cioè di essere il frutto della speculazione astratta da un canto; e dall' altro di non avere altro scopo che quello di rispondere al bisogno subbiettivo di trovare una classificazione delle materie, buona soltanto ad agevolare con più o meno efficacia l' insegnamento e lo svolgimento ordinato delle medesime. I molteplici tentativi di sistemazione del diritto civile adunque,

egualmente che di altri rami importantissimi del sapere i quali si collegano alle scienze giuridiche e sociali, fatti sinora, debbono qualificarsi come speculativi per il principio onde muovono, come subbiettivi per il fine cui mirano, e quindi come meglio atti a soddisfare piuttosto un bisogno meramente pedagogico, anzichè una necessità effettivamente sociologica.

Perchè possa aversi sistemazione veramente organica e durevole è mestieri ch' essa sia positiva nel principio onde muove, obbiettiva quanto al fine cui tende. Ufficio dunque precipuo della scienza giuridica moderna sarebbe quello di studiare e di scoprire il diritto, come si svolge realmente ed obbiettivamente, a traverso la molteplicità e mutabilità dei singoli rapporti, nella vita dei popoli e degli individui; per quindi ricomporlo nella forma di un organismo vivente, dove la varietà molteplice delle parti possa conciliarsi benissimo coll' unità armonica del tutto.

Questa tendenza a sistemare il diritto civile, analizzando ed obbiettivando per via sperimentale, è cominciata in Germania col Savigny; e non ha cessatto di trovare strenui ed eminenti seguaci finora, i quali hanno continuato e continuano virilmente tuttavia l' opera del grande maestro. Ma la vera ed effettiva sistemazione del diritto civile non è stata, ciò malgrado, ancora raggiunta in Germania; perchè il temperamento stesso di quel popolo, troppo portato alla speculazione razionale, fa sì che egli non possa cogliere e determinare bene nella loro pienezza, se non dopo lungo e faticoso lavoro di prova e di riprova, ed innumerevoli tentativi, in parte falliti in parte riusciti - i rapporti della vita reale.

Ma i grandi giuristi tedeschi intanto, collo zelo e la pertinacia che li distingue nelle opere loro, sono sempre su questa via; e, pur mirando a fondere saldamente da una parte gli elementi giuridici romani e germanici che formano il diritto comune

tedesco, mirano d' altra parte a rendere maggiormente pratica la loro scienza giuridica nazionale, in guisa che possa comprendere ed abbracciare compiutamente il vasto quadro della vita, come si svolge nel mondo della realità.

Spetta a noi Italiani, facendoci pro dei grandi e pregevoli lavori scientifici di tal genere ond' è ricca la Germania, dei vasti tesori di pratica legislativa, improntata ai bisogni della vita quotidiana, che ci offre la Francia, e valendoci altresì di quella certa esperienza che l'azione fecondatrice e rinnovatrice dei secoli ha dovuto depositare nel nostro sangue, che pure è quello stesso dei romani, l' ufficio di studiare coscenziosamente e di lavorare attivamente per una vera e durevole sistemazione del diritto civile. Sarebbe questo un grande servizio reso alla scienza ed alla patria. E in ciò il nostro spirito nazionale si presta meglio che non il tedesco o il francese, l' uno dei quali suole astrarre le idee dai fatti, e l' altro, tenendo conto semplicemente dei fatti, non è solito di elevarsi alle idee; mentre noi, popolo eminentemente dialettico, ci troviamo meglio in grado di librarci equamente tra gli estremi, e di scegliere felicemente un termine di mezzo in cui possano contemperarsi, nella pienezza della loro armonia, così le idee come i fatti, in cui la speculazione ideale non ci impedisca di scoprire perfettamente i rapporti della vita reale, e nel quale infine le alte necessità logiche non sian di ostacolo per renderci esatto conto delle variabili condizioni storiche.

Un lavoro di sistemazione del diritto civile, perchè possa dirsi fondato sopra basi veramente durevoli e positive, è mestieri compendii in sè e riproduca con perfetta regolarità - ordinandolo e contemperandolo nelle sue singole parti in modo da formare un tutto armonico e compiuto - l' organismo del diritto privato quale esso si presenta e vive svolgendosi in contatto colle mutabili esigenze della vita sociale. Vero è che il diritto, sotto un certo

aspetto, può dirsi la gran legge dell' umanità in generale, in quanto, dovunque vi sono uomini e qualunque sia il loro numero e la loro natura, l' ambiente che li circonda e la razza da cui derivano, il grado di coltura e il vincolo di coesione onde sono fra loro congiunti; è mestieri sempre di un complesso di regole costanti ed imperiose che governando e disciplinando gli svariati rapporti e la multiforme attività umana, mirino a contenerla entro limiti ragionevoli, senza comprimerla od annullarla menomamente, in guisachè l' ordine possa accordarsi col movimento sociale. Ma, d' altro canto, l' uomo non può considerarsi quale realtà concreta e vivente se non collocato in un dato tempo ed in un dato luogo, con certe qualità e certi difetti, in rapporto perenne coll' ambiente circostante dal quale è modificato ed il quale egli modifica a sua volta, con certo grado di coltura ed un grado analogo di moralità, con data forma e data misura del vincolo sociale che, rispondente e congiunto al complesso delle sue condizioni fisiche, intellettuali, economiche, religiose e politiche, costituisce la struttura particolare di un popolo in un dato momento storico. E il diritto che, come legge della socialità è chiamato a governare e riprodurre, quale esso si svolge nel fatto, il gran dramma della vita armonicamente complessa, non può dirsi che costituisca un organismo vero e compiuto, se non quando giunge ad abbracciare e fondere insieme con mirabile armonia tutti i rapporti molteplici della vita medesima. E poichè nel fatto gli umani rapporti, avendo bisogno di essere disciplinati, si traducono in altrettanti istituti giuridici corrispondenti; e poichè cotali rapporti, per la notevole diversità delle condizioni fisiche, intellettuali, morali, politiche, economiche, religiose e sociali onde sono determinati, non si presentano sempre nella stessa quantità e nello stesso modo presso ciascun popolo - ne viene anche la logica ed inesorabile conseguenza che nemmeno gli istituti giu-

ridici possono presentarsi eguali di numero e di qualità presso i diversi popoli della terra.

Il diritto è la vita. E come nella vita, essendo questa sempre in continuo divenire, mutano, con perpetua vicenda, di numero e di qualità gli elementi che la costituiscono, e con ciò anche il loro grado d'integrazione e di specificazione; del pari nell'organismo del diritto debbono riflettersi con perfetta rispondenza cotali mutamenti: esso perciò deve, per virtù di continua evoluzione, trasformarsi continuamente, non pure riguardo al numero ed alla qualità degli istituti giuridici che lo compongono; ma riguardo altresì al collegamento, alla struttura e alla distribuzione di ciascuno di essi, in confronto con ogni altro singolo istituto e con l'intero organismo che tutti li collega e li armonizza.

Di qui la conseguenza inconcussa ed inevitabile che, se pur è possibile a concepirsi un diritto astratto come legge dell'umanità in generale, un diritto concreto, realmente vivo e in piena rispondenza colla struttura politica e sociale dei popoli odierni, non può concepirsi altrimenti che sotto la forma storica di diritto nazionale. E quindi la conseguenza non meno certa ed inesorabile altresì che la sistemazione del diritto civile non possa validamente compiersi che sopra la base nazionale, in guisa che esso, mediante un vero e saldo tessuto connettivo, presenti tutti gli istituti giuridici, resi necessari dal trasformarsi continuo della vita, congiunti nell'unità di un organismo vasto e compiuto, il quale possa serbarsi sempre tale, malgrado le mutazioni e le trasformazioni incessanti dei singoli elementi che lo compongono.

Impresa certamente grandiosa e non ingloriosa questa per noi; ma per la quale si richiedono studi coscenziosi e volontà a tutta prova, forza di sacrifizio e virtù d'abnegazione, tanto più commendevoli e più difficili ad ottenersi in quanto bisognerebbe imporre silenzio alla piccola vanità che tutti c'invade e ci tor-

menta, di scrivere molte opere ed opere voluminose colla strana persuasione che, legando il nostro nome ad interi scaffali di libri, possiamo già assicurarci il diritto di passare alla posterità; se pur non vuol dirsi, che occorrerà domare lo spirito malaugurato di speculazione, il quale da certo tempo comincia a dominare nelle sfere elevate e disinteressate della scienza.

Farebbe opera veramente patriottica chi, avendone la potenza, l'autorità e la fede, (1) prendesse l'iniziativa di richiamare colla voce e coll'esempio i nostri scrittori ed i nostri professori di diritto civile allo studio di dati argomenti ed istituti speciali, nei quali potessero raccogliere tutti i tesori della loro esperienza e della loro intelligenza, portandovi un esame largo, coscenzioso, profondo. Si smetta una volta l'infausto vezzo di redigere empiricamente vasti commentari sul modello dei francesi, o di riprodurre leggermente sistemi nebulosi elaborati e confezionati in Germania.

A un còmpito più modesto, ma più fecondo e più utile, dovremmo consacrare, o Signori, le forze del nostro ingegno e il capitale dei nostri studi; quello di preparare, con opportune e meditate monografie, gli organi vitali del nostro diritto civile nazionale. Le monografie compendiano in sè un lavoro di analisi e di sintesi al tempo stesso; ma coordinati ed equamente proporzionati l'uno e l'altro, in guisa da potersi prima minutamente e co-

(1) Il voto modesto, ma caloroso, espresso dall'autore, in questo suo discorso, può dirsi soddisfatto oltre misura, quando, pochi mesi dopo averlo letto, ha visto levarsi una voce autorevole e rispettata da tutti, quella del primo nostro giureconsulto, P. S. Mancini, il quale nel suo manifesto, pubblicato nel maggio ultimo, della *Nuova Enciclopedia Giuridica* che vedrà la luce sotto i suoi auspicî per apera dell'editore Vallardi - deplora, con tutt'altra efficacia e competenza, lo stesso male, e si mostra ispirato dal desiderio patriottico di portarvi rimedio, chiamando a raccolta le più elette intelligenze del paese perchè concorrano tutte a rialzare la prostrata bandiera nazionale. Possa questa voce nobile e generosa trovare eco nell'animo degli Italiani!

scenziosamente analizzare quel che poi, con perfezione e coscenziosità eguali, si è sempre in grado di sintetizzare. E così - fabbricandosi mano mano, con passaggio graduale dai più semplici ai più composti, pieni di vitalità e di forza, i singoli organi del diritto civile nazionale - non ci sarà difficile, dopochè il lavoro faticoso di preparazione e di gestazione sarà finito, di fonderli tutti finalmente e saldamente nell' unità di un organismo cospicuo e gagliardo. È questo il processo naturale e veramente organico da cui potremmo riprometterci frutti abbondanti e durevoli; poichè, senza un lavoro anteriore e completo di specificazione e di articolazione delle singole parti, non può raggiungersi vera e completa integrazione ed organizzazione nella vita del tutto.

La necessità poi e la utilità del sistema nello studio del diritto civile, non pure per quel che riguarda l' insegnamento del medesimo, ma anche come avviamento ad una legislazione equivalente, balza agli occhi dei meno veggenti. Poichè, dal collegamento e dalla correlazione organica dei singoli istituti giuridici, erompe inevitabilmente la duplice conseguenza notevolissima: da una parte di ricostruire, in tutta la verità delle sue tinte e dei suoi contorni, dei suoi colori e delle sue pulsazioni, delle sue articolazioni e dei suoi movimenti, il gran quadro della vita quale esso si dispiega nella realità delle cose; e d' altro canto l' intreccio e la distribuzione eminentemente fisiologica dei singoli istituti giuridici fa sì che questi, a guisa di organi connessi fra di loro, entrino in uno stato di mutua intimità e dipendenza reciproca da giungere ad una completa specialità e solidarietà nell' esercizio delle rispettive funzioni. Onde, solo così, si renderebbero impossibili, per virtù di un organico nesso e lavorio di specificazione ed integrazione, i conflitti, le lacune, le contraddizioni e le antinomie che pur si mostrano inevitabili nello stato di empirismo che domina le vigenti legislazioni.

Ma come, fino a qual punto ed entro quai limiti dee svolgersi l' azione impersonale della legge di fronte al lavoro personale dell' interprete, nel succedersi ed avvicendarsi continuo dei rapporti civili, secondo il concetto più conforme al nostro genio ed alle nostre tradizioni giuridiche nazionali, ed anche in conformità dell' intima ed essenziale natura delle cose?

Abbiamo visto già come in Francia, per lasciarsi imporre troppo dai fatti, esagerandone or il valore della lettera, or il valore dello spirito soltanto, si giunga a mettere l' arbitrio in luogo della legge; e come in Germania, profondandosi anche troppo nella speculazione astratta, si soglia invece concepire l' efficacia e l' azione della legge come una specie di imperativo categorico che, per voler abbracciar tutto, finisce collo stringer poco o nulla di contenuto; in guisachè, essendovi una grande incertezza nei criteri legislativi, ne segue di necessità una indeterminazione ancora più grande allorchè trattasi di applicarli, e tale da dar luogo inevitabilmente all' arbitrio. Tra il crudo meccanismo francese e l' organismo astratto tedesco, vi è un giusto mezzo in cui possono fondersi e temperarsi gli estremi opposti. Sarebbe questo il concetto realmente e positivamente organico di una scuola italiana.

La legge, o Signori, per l' ingegno italiano, non è qualche cosa che sta troppo al disotto o troppo al disopra di noi, in guisachè possiamo comandare sempre arbitrariamente, od ubbidire del pari sempre ciecamente alla medesima. La legge invece costituisce un istituto vivente ed un centro dinamico di forze, che ubbidisce e comanda al tempo istesso; ubbidisce cioè alle alte necessità logiche e storiche dei rapporti di diritto in generale; ma comanda d' altra parte ai rapporti concreti di diritto e di obbligazione che si svolgono in un dato periodo di tempo e sotto l' imperio di date circostanze. La legge, in altri termini, è effetto e causa al punto istesso: effetto in quanto trae la sua

origine e la sua forza, e si mostra come la risultante e il punto di equilibrio tra le contrarie tendenze, bisogni, pretensioni ed interessi degli uomini in un dato momento storico; causa inquantochè, nel fatto, mantiene o ristabilisce concretamente l' equilibrio in mezzo all' urtarsi di tante tendenze, di tanti bisogni, di tanti interessi perennemente opposti ed in contrasto fra di loro. La legge dunque dà e riceve in pari tempo; e al modo identico di qualunque altro essere vivente, adempie un ufficio di cambio e di ricambio continuo di forze.

Se è questo, come credo, il vero concetto organico della legge; non può esser dubbia nè l' efficacia e la durata della sua azione come centro dinamico di forze, nè l' ufficio e le funzioni esercitate dall' interprete come strumento necessario, perchè si esplichi liberamente e naturalmente l' azione della legge. La legge difatti rappresenta un complesso di regole e di disposizioni, che il legislatore, quale organo immediato della coscienza popolare, delle condizioni e necessità della vita in un dato momento storico, crede le più adatte per poter conservare felicemente la vita medesima e farla sviluppare liberamente in tutte le sue forme molteplici di manifestazione, nel modo più rapido e più compiuto.

Come nella formazione di tutti gli esseri in generale, così nella formazione delle leggi in particolare, non sono da confondersi gli elementi primitivi ed isolati onde si compongono, coll' intrecciarsi e l' organarsi di tali elementi, quando si trovano in contatto e in relazione fra di loro. Nel primo momento l' essere non è ancora nato, perchè le condizioni della vita sono tuttavia disgregate e disperse; ma nel secondo momento, appena si avvicinano e si condizionano gli elementi che debbono costituirlo, nella loro risultante si determina la esistenza e la vita dell' essere.

Questo grande principio della vita universale bisogna appli-

carlo interamente alla vita della legge in particolare. Le singole disposizioni che la compongono, prese isolatamente, ne sono i frammenti: dal loro complesso si origina l'organismo della legislazione. Ciascuna singola disposizione della legge contiene una quantità di forza e di movimento proprio che può dirsi la sua forza e movimento molecolare: tutte le singole disposizioni, congiunte e legate insieme, danno per risultato un complesso di forza e di movimento che è quello dell'intero organismo.

Or avviene che nel momento in cui una legge apparisce, trovandosi essa adattata alle circostanze in mezzo alle quali dee vivere ed imperare; basta nel maggior numero dei casi, applicare semplicemente la singola disposizione la quale si riferisce al caso speciale che merita di essere risoluto, perchè la legge operi ed imperi in modo perfettamente normale. Ma indi a certo tempo le circostanze, le condizioni, l'ambiente in mezzo a cui nacque la legge, cominciano a subire delle lente ma graduali modificazioni: la legge intanto deve imperare sempre e governarli, costituendo essa la norma e la misura della loro vita e del loro movimento. È mestieri allora che la legge stessa subisca la influenza e l'azione dell'ambiente modificato e di quelle medesime cangiate circostanze che, per virtù del suo ufficio, vien chiamata a regolare. Da ciò la necessità che l'azione, prima disgregata e meno determinata delle singole disposizioni della legge, cominci, trovandosi in presenza ed in contatto di nuovi elementi esteriori, ad integrarsi e meglio determinarsi, mediante il concorso reciproco, più attivo ed efficace, delle forze molecolari contenute nelle singole disposizioni della legge, ed una distribuzione più armonica nel movimento delle medesime. Si ristabilisce così, in seguito allo sviluppo ed allo sprigionarsi di nuove forze, prima latenti, dalle singole parti meglio integrate e specificate della legge, l'equilibrio, che sulle prime pareva perduto tra la legge

e i rapporti sociali trasformati. E così gradatamente, per mezzo di una evoluzione progressiva della legge - la quale si rivela sotto la forma di una maggiore specificazione e di un maggiore integramento delle sue singole forze contenute nelle singole disposizioni, e per effetto della quale, impiegandosi, a misura che si sviluppano nell' azione continua, tutte le forze prima occulte ed inerti - ne viene che la legge percorre una serie di trasformazioni progressive, ma che si arrestano però quando la medesima, esaurito tutto il tesoro delle sue forze già esplicatesi, non possiede in sè più elementi per vivere e dominare l' azione e il movimento della vita sociale circostante. Collo spegnersi di ogni sua forza di espansione, la vita della legge si spegne altresì: non le resta allora che cedere il luogo ad un' altra legge più adatta e più conforme alle mutate condizioni sociali, la quale s' imponga come necessità vivente alla libertà umana operante.

Poichè questa è la vita e l' azione della legge come centro dinamico di forze, il determinare l' ufficio dell' interprete, che è lo strumento e il ministro della sua vita e della sua azione in continuo divenire, riesce cosa assai più agevole di quanto sembri a prima giunta.

L' interprete dee limitarsi, in un primo periodo, ad applicare semplicemente, quali esse si presentano, le singole disposizioni della legge; a cogliere, in un secondo, la forza risultante dal primo e più semplice collegamento delle medesime a misura che cangiano le condizioni e i bisogni sociali che vogliono essere regolati e soddisfatti. E così a svolgere gradatamente, in altri periodi successivi, la forza occulta che si nasconde in tutti gli strati e le parti armonicamente congiunte ed operanti insieme della legge, per virtù di un processo continuo di adattamento e di equilibrazione del suo organismo, sempre più costretto a specificarsi ed integrarsi nell' azione complessa delle sue forze, in

contatto coll'ambiente che lo circonda ed in mezzo a cui vive ed impera - sino a che le condizioni, i bisogni e le istituzioni della vita civile non siano mutate e rinnovate in modo, che la legge non trovi più nelle singole parti, nè in tutte le parti congiunte ed operanti insieme che la compongono, la forza sufficiente per poter dominare e governare gli eventi e i rapporti degli uomini che debbono sottostare alla sua giurisdizione.

Come potremmo spiegarci altrimenti, o Signori, se non con questa logica ed inesorabile evoluzione che si manifesta sempre nella vita della legge, l'oscillare e il trasformarsi continuo della dottrina e della giurisprudenza? Come potremmo spiegarci, se non con questa stessa necessità, quello sbalzo continuo e intempestivo che abbiamo notato nella dottrina e nella giurisprudenza francese, le quali, a norma delle mutate esigenze della vita civile danno ora prevalenza alla lettera, ora allo spirito della legge? E come potremmo spiegarci infine quel continuo e faticoso travaglio esercitato da molto tempo, e che si esercita tuttora in Germania, se non per la difficoltà di trovare un termine medio che serva d'impulso e di misura alla vita ed all'azione della legge?

Signori, io ho finito, e da quel che ho detto avete potuto tutti giudicarmi. Io sono un giovane, povero di forze, ma di buona volontà, che, trovandosi in un'epoca di scetticismo e di dissoluzione, ha pur bisogno di amare e di credere a qualche cosa. Ed io ho fede nell'avvenire della scienza e nei destini della patria, nell'aiuto benevolo e nel compatimento degl'illustri Professori di questo glorioso Ateneo, che invoco consiglieri e maestri; nella simpatia infine e nell'amicizia dei giovani, che desidero collaboratori nel mio arduo cammino.

E se voi tutti, o Signori, professori e giovani, mi sarete generosi della vostra indulgenza e della vostra benevolenza, io confido, non dubitate, di poter adempiere al mio dovere.

II

La funzione sociale dei contratti e la causa giuridica della loro forza obbligatoria

---

(Estratto dall'Archivio Giuridico, fasc. 1. e 2., an. 1884)

I.

Quel che accade, con meravigliosa regolarità di movimenti a traverso minore complessità di elementi, nella vita dell'organismo animale, si compie, con eguale regolarità di movimenti a traverso maggiore ricchezza e varietà di elementi, nella vita più complessa dell'organismo sociale. Così nell'uno come nell'altro campo l'unità dell'organismo presuppone la molteplicità degli organi, di cui è la risultante; e la molteplicità di questi non può ricondursi all'unità di quello, se non mediante un rapporto perenne di connessione e di dipendenza reciproca onde tutti si trovano legati fra di loro. Ciascun organo agisce direttamente per mantenere e sviluppare, nei limiti delle sue forze, la vita del proprio essere come un tutto distinto dalla massa degli organi che compongono l'organismo; ma, nel tempo stesso, la sua azione preservatrice e riparatrice, coordinandosi a quella più vasta e più complessa della massa di cui forma parte, concorre indirettamente ad afforzare la vita e lo sviluppo così degli altri singoli organi in particolare, come dell'intero organismo in generale. E viceversa, al mantenimento e allo sviluppo della vita di ciascùn singolo organo, concorre non solo l'impiego esclusivo delle proprie forze isolate, ma di quelle altresì che gli vengono co-

municate, nel continuo loro esplicarsi, da' singoli organi e da tutto l'aggregato.

Questo cambio e ricambio perenne di servizi che, operandosi fatalmente ed incosciamente nel mondo animale, va soggetto allo impero delle leggi biologiche, operandosi nel mondo sociale anche fatalmente ed incosciamente quanto al movimento complessivo ed a' fini supremi cui è ordinato, ma liberamente e consapevolmente quanto a' fini speciali cui tende, soggiace all' impero delle leggi sociologiche e morali.

L' individuo solo non è l' uomo, ma è invece una parte rudimentale di esso, la quale, con progressione ascendente, diviene sempre più organica a misura che dallo stato selvaggio primitivo passa a quello civile di una culta ed ordinata convivenza.

Col progredire della civiltà accade che l' individuo umano, entrando nella composizione di un organismo più complicato e più vasto, perde gradatamente la sua incoerenza ed indipendenza originaria, per acquistare uno stato di maggiore coerenza e dipendenza nel rapporto cogli altri individui umani, prima egualmente disgregati ed insubordinati, che formano parte dello stesso organismo sociale. Questo stato di coerenza e di dipendenza fra gli uomini, sebbene in proporzioni assai menome, ha dovuto aver luogo necessariamente anche nelle origini, perchè l' individuo del tutto isolato non è possibile a concepirsi, essendo incapace di provvedere a' bisogni più elementari della vita; e consiste nello scambio di servizi e di prestazioni che gl' individui umani, impotente ciascuno a procurarsi l' intera soddisfazione de' propri bisogni, si fanno reciprocamente fra di loro.

Tale scambio vicendevole di prestazioni e di servizi costituisce al punto istesso una funzione socialmente necessaria, perchè diretta ad alimentare, nelle singole sue parti e nel suo tutto insieme, il corpo sociale; giuridicamente legittima, perchè serve

ad assicurare a ciascuno quel tanto di godimento che gli spetta in proporzione dello sforzo sostenuto per procurare i mezzi di sussistenza e di sviluppo a sè e ad altri, mantenendo un equazione costante tra quel che si dà e quel che si riceve, tra quel che si produce e quel che si consuma. Ma poichè da un canto il corpo sociale, a differenza del corpo individuale, forma un organismo discreto in quanto le parti che lo compongono non sono strettamente legate ed in contatto immediato fra di loro, ma slegate, disperse e più o meno lontane le une dalle altre (1); e poichè d' altro canto le parti ond' esso risulta costituito sono degli esseri intelligenti e liberi che, come tali, han possibilità di scelta e coscienza nella scelta dei mezzi più adatti alla propria conservazione ed al proprio sviluppo: ne viene la conseguenza inevitabile, che lo scambio dei servizi e dei benefizi fra i diversi elementi dell' organismo sociale, non potendo compiersi immediatamente ed istintivamente, debba compiersi invece per virtù di forze impulsive che ne determinano il contatto incessante, e di moventi etici che lo governano in tutta la molteplicità delle sue fasi e delle sue vicende.

Da ciò un alternarsi continuo di rapporti tra gli uomini, per cui l' uno dà quel che gli avanza e l' altro riceve quel che gli occorre a soddisfazione dei propri bisogni; l' uno ha potestà di esigere, l' altro necessità di prestare; l' uno ha pretensione, l' altro obbligazione: alternarsi di rapporti che forma come un vasto tessuto connettivo, onde tutti gli uomini si trovano in uno stato di correlazione perenne fra di loro. Ogni diritto ha per suo corrispettivo un obbligo, ogni credito un debito. Questa perfetta corrispondenza di diritti e di obblighi, di crediti e di debiti, fa

(1) Spencer, *Principes de Sociologie (Traduz. francese di Cazelles,* Parigi 1879) vol. II. § 220.

sì che si possa mantenere inalterata, a traverso il perpetuo riprodursi ed avvicendarsi de' singoli elementi, l'unità e l'integrità dell' organismo sociale.

Nella necessità suprema, adunque, di provvedere, mediante lo scambio e ricambio dei servizi, così alla sussistenza e allo sviluppo dell' organismo umano individuale come alla sussistenza e allo sviluppo dell' organismo sociale; si trova a un punto la causa e la giustificazione razionale dell' obbligazione come funzione sociologica. Ma, perchè trovi la sua giustificazione e la sua causa determinante come funzione giuridica, uopo è si rannodi a un ordine di principii regolatori, capaci d' imprimere carattere di efficacia e di legittimità a' singoli rapporti obbligatorii, qualunque sia del resto la forma di manifestazione che essi rivestano.

L' obbligazione è un vincolo di diritto che implica necessità di fare o di dare qualche cosa in colui che l' ha, e facoltà di esigere un servizio od una cosa in colui a prò del quale essa si ha. D' onde tale necessità giuridica nell' uno, alla quale risponde, come contrapposto, una potestà giuridica nell' altro? Ogni effetto deve avere la sua causa: se siamo tenuti a fare o a dare qualche cosa, vuol dire che ci dev' essere una ragione giustificatrice di siffatto rapporto.

L' uomo nel mondo, al pari di ogni altra forma organica vivente, è dominato da due forze entrambe imperiose ed irresistibili: l' una che lo spinge continuamente alla conservazione ed al perfezionamento del proprio essere come *individuo*, l' altra che lo spinge alla conservazione ed al perfezionamento della *specie* come complesso di tutti gl' individui congregati e fusi nell' unità dell' organismo sociale. Queste due forze — l' una *centripeta* e l' altra *centrifuga* — essendo connaturali all' essenza costitutiva di tutti i corpi organici, hanno operato sempre nella sfera dell' aggregato sociale, ma non sempre all' istesso

modo. In un primo momento è la forza assorbente del tutto che, con energia tanto più gagliarda quanto maggiore è la disgregazione e la ripulsione delle parti, s'impone come *provvidenza* anche per mantenere e sviluppare in esso la vita e l'attività delle parti medesime; ma in un secondo momento, a misura che queste evolvendosi, grazie alla felice esperienza di una vita passata in comune, cominciano a specificarsi ed organarsi in modo spontaneo ed autonomo, la forza individuale diviene più attiva e si cotrappone al suo contrario, che è la forza sociale, come *previdenza*, la quale, mirando a conservare e sviluppare la vita delle parti, provvede altresì alla conservazione ed allo sviluppo di quella del tutto.

Queste due forze seguono un processo, spiegano un' efficacia e si valgono di mezzi del tutto diversi. La forza sociale muove come principio e si vale come mezzi delle risorse onde dispone la vita comune della totalità organizzata, e mira immediatamente, come fine, al benessere della totalità, sebbene, d'altro canto, finisca in ultima analisi col provvedere mediatamente anche al benessere delle parti. La forza individuale, invece, muove come principio e si vale come mezzi delle risorse ben limitate onde dispone la vita singola della parte, e mira, come fine immediato al benessere della parte medesima, sebbene poi, per necessità stessa di cose, col benessere e l'afforzamento delle singole parti, riesca ad avvantaggiarsi mediatamente anche la vita del tutto. La prima si presenta come *necessità;* giacchè per essa gli individui non hanno valore se non in quanto formano parte della convivenza sociale, al cui benessere, nei limiti delle forze rispettive, uopo è concorrano anche con sacrificio e detrimento del loro benessere individuale. La seconda si porge come *libertà,* in quantochè gl'individui, consci di quel che vogliono e di quel che

fanno, provvedono da sè e per iniziativa propria alla conservazione ed allo sviluppo della loro vita.

La necessità e la libertà, concepite in questo senso organico ed attuoso, sono i due grandi moventi e le due grandi forze che diriggono e governano al tempo istesso, nelle sue molteplici forme di manifestazione, tutto il complesso dell' umana operosità. La *necessità*, nel campo del diritto privato, trova la sua forma concreta di manifestazione nella *legge*, mentre la *libertà* si traduce concretamente nel *contratto*.

L' impero della legge si rivela o col comando o col divieto (2), poichè essa impone sempre di fare o di non fare qnalche cosa. Quel che la legge non ci comanda espressamente di fare, siamo liberi di non farlo; quel che non ci vieta espressamente di fare, siamo liberi di farlo. Dove finisce l' impero della legge quale espressione della necessità sociale, principia l' impero del contratto quale espressione della libertà individuale.

L' azione della legge, o che si riveli col divieto o che si riveli col comando, mira direttamente ad assicurare la coesistenza armonica delle umane libertà, in guisa che possa regnare l' ordine nei rapporti della vita sociale, anche come fonte e guarentigia di benessere ne' rapporti della vita individuale. L' azione

(2) *Legis virtus est: imperare, vetare, permittere, punire* (fr. 7 Dig. *De leg.* I, 3). Secondo questo concetto, enunciato dal giureconsulto MODESTINO, la legge, oltrechè vieta e comanda, *permette* e *punisce*. Ma il permettere non può costituire una funzione della legge; perchè quel che non è vietato trovasi implicitamente permesso dalla legge, la quale con ciò si limiterebbe soltanto a riconoscere nell' uomo, per gli atti che non sono vietati, l' esercizio legittimo della naturale libertà. Il *punire* poi costituisce una funzione ordinaria della legge ne' rapporti di diritto pubblico, di cui forma un ramo il diritto criminale. L'obbligo di risarcire i danni potrebbe sotto un certo aspetto costituire una *pena*, perchè suol essere la sanzione dell' inadempimento di un' obbligazione, e quindi la sanzione dell' infrazione di un comando o di un divieto della legge. Ma lo è sempre in via accessoria, per confermare non per creare l' obbligazione.

poi del contratto, nelle forme molteplici che suol rivestire, mira precipuamente, entro i limiti segnati dalla legge, a conservare e promuovere il benessere, ne' rapporti della vita individuale, senza mica turbare anzi con vantaggio certo ne' rapporti della vita sociale.

Queste due forze concorrenti opposte è mestieri però si mantengano sempre in uno stato di continuo equilibrio fra di loro, variabile solo nella misura dell' efficacia che ciascuna di esse è capace di spiegare in conformità del grado di evoluzione raggiunto; per evitare che l'azione preponderante dell'una, annullando completamente quella dell'altra, venga a perturbare tutto l'organismo sociale ed ogni singola parte di esso. L'azione autoritaria della legge quindi, deve arrestarsi là dove, cessando le ragioni d'ordine e d'interesse generale, lungi dal garantire, offenderebbe la libertà individuale; e l'azione libera dell'uomo deve arrestarsi egualmente là dove, lungi dal garantire e promuovere l'interesse individuale, verrebbe ad offendere l'ordine e l'interesse sociale. Ecco così delineato l'ufficio della legge e il limite della sua azione in confronto all' azione libera dell' uomo ed a' suoi limiti, qualunque possano essere le forme svariate della loro giuridica manifestazione.

Al comando ed al divieto della legge fa perfetto riscontro in talune categorie di persone una serie di obbligazioni, che implicano la necessità di dare, fare o non fare qualche cosa, e che si risolvono in altrettanti diritti di esigere a che una cosa sia data fatta o non fatta per altre categorie di persone. Così l'obbligo degli alimenti fra congiunti di certo grado (3); l'obbligo del genitore di non abusare della patria potestà in danno della persona o de' beni del figlio (4); l'obbligo di restituire una somma

(3) Art. 138 e segg. Cod. Civ.
(4) Art. 233 » »

indebitamente ricevuta (5); l'obbligo di non recar col proprio fatto danno ad altri (6); tutti gli obblighi che derivano dall'istituto delle accessioni (7); dalle servitù legali (8) dalla comunione (9); dal possesso (10); dalle successioni legittime (11), ed anche dalle testamentarie relativamente alla quota di riserva spettante a' discendenti, ascendenti al coniuge superstite ed a' figli naturali (42), sono di quelli che promanano direttamente dalla legge anche quando occorra un fatto positivo o negativo dell'uomo per darvi occasione.

Altra fonte di diritti e di obbligazioni è il contratto, il quale costituisce la causa generatrice di tutti que' rapporti giuridici, la cui vita, non essendo determinata dalla necessità della legge, è abbandonata alla libertà degl'individui. L'uomo può, secondochè vuole, svolgere la sua attività in guise multiformi, e dove non basta da solo invocare l'aiuto e la cooperazione di altri: egli è il giudice naturale de' suoi interessi e delle sue relazioni; la libertà dell'individuo non trova altro limite che nel comando o nel divieto della legge. Ma oltre questo limite, che è la conseguenza di un ordine superiore cui l'umano operare dee, per necessità di cose, sottostare, un altro esso ne trova, che è l'effetto immediato di atti liberi del suo stesso volere.

L'uomo, cui manca la volontà o la forza di compiere da sè una data azione, può ottenere che altri voglia e faccia per lui o con lui quel che gli abbisogna. Questo fatto, da cui nell'ordine

---

(5) Art. 1145 Cod. Civ.
(6) Art. 1151-1152 » »
(7) Art. 444 e segg. » »
(8) Art. 533 » » »
(9) Art. 673 » » »
(10) Art. 685 » » »
(11) Art. 721 » » »
(12) Art. 805 fino a 221 » »

economico deriva uno scambio di utilità od una cooperazione nel produrre la medesima utilità, costituisce nell'ordine giuridico quel che dicesi contratto, ed è causa di diritti e di obbligazioni. Quando due o più persone vogliono liberamente e congiuntamente la medesima cosa, sorge da ciò la nozione giuridica del contratto. Esse sono pienamente libere, prima che le loro volontà si accordino, di agire o no in un dato modo; ma, dal momento che vogliono insieme la medesima cosa, alla libertà del volere si sostituisce la necessità dell'operare. Questa necessità derivante dal contratto non è meno alta ed imperiosa di quella risultante dalla legge: essa, anzi, è la consacrazione della libertà stessa del volere, poichè tende ad affermare quel che le parti medesime hanno, per propria iniziativa e per proprio placito, direttamente voluto. La necessità di poi è la conseguenza della libertà di prima.

I rapporti contrattuali divengono sempre più frequenti e più numerosi col progredire della civiltà, la quale, nel suo evolversi continuo, produce gradatamente una maggiore specificazione ed organizzazione delle funzioni sociali che si traducono economicamente nella divisione ed associazione del lavoro. Anzi lo scambio, e con esso il contratto, che ne' primordi della civiltà si compiva abitualmente e direttamente fra produttori e consumatori, col progredire di essa non pure si compie a traverso nuove classi di persone che s'interpongono come intermediarii fra gli uni e gli altri, ed agevolano con uffici svariatissimi la circolazione dei valori; ma uopo è si compia altresì negli stadi diversi per cui passa la produzione, che costituiscono altrettante fasi della medesima, prima che il prodotto raggiunga l'estremo grado di sua perfezione, quello di poter servire immediatamente a soddisfare i bisogni dei consumatori.

Tutti questi rapporti, che sono economicamente fonte di utilità e di ricchezza, divengono giuridicamente fonte di diritti

e di obbligazioni; poichè quel che nel campo economico si risolve in uno scambio di servizî necessari ed utili, nel campo giuridico si traduce in una limitazione ed aumento reciproco della libertà individuale. La limitazione nella libertà dell' uno genera una limitazione corrispondente nella libertà dell' altro, e da questa limitazione scambievole delle libertà rispettive ne viene, come risultato, un aumento di potenza e di valore nella tibertà di tutti.

La legge e il contratto, adunque, costituiscono la doppia fonte delle obbligazioni; le quali, sebbene riguardo all' effetto che producono si mostrino dotate di pari efficacia giuridica, riguardo alla causa invece da cui derivano, appariscono come il risultato e la espressione di un principio giuridico opposto. Ond' è che, rispondendo la prima al principio della *necessità sociale* ed. il secondo a quello della *libertà individuale,* avviene che entrambi agiscono in ragione inversa fra di loro; di guisa che la prevalenza dell' uno, quando non sia tale da annullare completamente il valore del suo contrario, restringe per necessità l' azione dell' altro di questi due principi direttivi della vita civile.

La storia, guardata nel suo lungo e laborioso processo di evoluzione, ci rivela con evidenza irrefragabile un alternarsi perenne tra il principio di *autorità* e quello di *libertà,* tra l' intervento dello Stato, che si palesa come *provvidenza,* e l' iniziativa dei privati che si porge come *previdenza.* Secondo che l' uno o l' altro di questi due elementi ha avuto il di sopra, hanno esercitato il predominio nella direzione della vita civile ora le obbligazioni nascenti dalla legge, ora quelle derivanti dal contratto. Vediamo, anzi, a traverso il moto evolutivo della storia, estendersi gradatamente il campo delle obbligazioni liberamente consentite dai privati in contrapposto a quelle necessariamente imposte dalla legge, nella misura costante in cui l' individuo ha

potuto affermarsi dinanzi allo Stato: lo sviluppo della libertà segue quello della personalità.

Mediante la contrattazione l'individuo provvede liberamente da sè alla propria esistenza ed al proprio sviluppo entro i limiti segnati dalla legge; nè aspetta più che il suo fato si compia per opera di questa, divenendo egli l'artefice e il ministro del proprio destino. Anche negli obblighi nascenti dal contratto la legge esercita una data ingerenza, ma in maniera del tutto estrinseca e solo per determinare le condizioni richieste a che il contratto possa validamente costituirsi, e per garantirne l'osservanza dopo che il medesimo è costituito; come viceversa anche nelle obbligazioni derivanti dalla legge, uopo è sempre del fatto libero dell'uomo che preceda o accompagni il nascimento delle obbligazioni. Ma, d'altro canto, le obbligazioni contrattuali si generano in quanto sono volute, e nella misura in cui sono volute dalle parti contraenti; mentre le obbligazioni legittime, il sappiano o no gl'individui, è la legge che le genera da sè contro e loro malgrado quando concorrono le condizioni che ne determinano l'esistenza. Nel primo caso la volontà degl'individui è la causa generatrice delle obbligazioni; nel secondo caso, invece, la loro attività è semplicemente l'occasione delle obbligazioni che han per loro causa generatrice la legge: nell'un caso gl'individui sono *attivi*, nell'altro semplicemente *ricettivi*.

Segue da ciò come tutti i diritti e le obbligazioni, qualunque sia la forma e parvenza giuridica da loro assunta, debbano ricondursi unicamente, per vincolo di causalità, o alla legge o al contratto; e come debba ritenersi arbitraria, sebbene comoda pei bisogni quotidiani della pratica, la memorabile classificazione del diritto romano intorno alle cause delle obbligazioni che leggesi riprodotta ne' codici civili vigenti.

Secondo tale classificazione le cause da cui si originano le

obbligazioni sono: la *legge,* il *contratto,* il *quasi-contratto,* il *delitto, il quasi-delitto* (13).

Nessun carattere di rigore ed esattezza scientifica presenta tale classificazione. Essa non ha altro merito fuori quello di

---

(13) Art. 1097 Cod. Civ. Ital.; 1101 e 1370 Cod. Napoleonico.
I primi elementi di questa classificazione li troviamo in un brano degli aurei di GAIO riportato nel fr. 1 Dig. *De Oblig. et act.*, XLIV, 1: *obbligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris.* Questo terzo elemento che GAIO lasciò indeterminato, sotto l' espressione generica *variae causarum figurae,* venne tradotto dalle *Istituzioni* di GIUSTINIANO nel *quasi-contratto* e nel *quasi-delitto.* — *Sequens divisio in quatuor specie dividitur. Aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu: aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio.* § 2 *Inst de Oblig.* III, 14. — A questi quattro elementi, già di per sè incompleti, i codici moderni ne aggiunsero un quinto, la *legge.* Tuttavia non sono mancati dei tentativi, specie fra gli interpreti del Diritto Romano, per ridurre ad ordine scientifico siffatta classificazione. Taluni di essi hanno distinto le obbligazioni, riguardo alla causa da cui derivono, in due categorie, *mediate* ed *immediate:* immediate quelle che promanano direttamente dalla legge senza concorso alcuno per parte dell' uomo, com' è l' obbligo di fornire gli alimenti fra i congiunti d'un certo grado; *mediate* quelle che promanano da un fatto qualunque, lecito o illecito, dell' uomo, ed in tale categoria andrebbero compresi tanto i delitti quanto i contratti. Basta enunciarla, perchè si mostri tosto alla prova infondata ed arbitraria tale classificazione; sì perchè non vi hanno obbligazioni le quali derivino immediatamente dalla legge senza che concorra pure il fatto dell' uomo, il quale, o che preceda o che sia simultaneo al nascimento della medesima, costituisce sempre il *substratum* dell' obbligazione; sì perchè si troverebbero inclusi nella medesima categoria due fatti giuridici del tutto diversi, il contratto cioè, e il delitto: l' uno cho fa scaturire l' obbligazione, come causa generatrice, dalla volontà dell' uomo, l' altro che, facendola nascere invece contro e malgrado la volontà dell' uomo, dee necessariamente riconoscere l' origine e l' efficacia di questa indubitatamente nella legge. Altri, poi, come il MUHLENBRUNCH (*Doctrina Pandectarum*, § 327) ed il MOLITOR (*Les obligations en droit romain,* tit. I N. 10) hanno additato come fonte dell' obbligazione la legge e la volontà dell' uomo. Ma quando poi trattasi di farne l' applicazione alle singole figure giuridiche, sparisce l' accordo fra di loro. Vi ha chi afferma, che le obbligazioni derivano dalla umana volontà ne' *contratti:* e dalla legge, ora direttamente quando vengono imposte da essa sol che concorrono date condizioni, come l' obbligo degli alimenti tra congiunti; ora indirettamente quando si fanno nascere in occasione del fatto dell' uomo —

sovvenire a' bisogni minuti della pratica, la quale, rifuggendo dalle indagini sottili e dalle speculazioni elevate che richiedono sempre sforzo mentale ed impiego di tempo notevoli, suole comunemente attenersi a criterî certi, positivi e, direi quasi, materiali, che possano servirle di guida costante nei casi molteplici occorrenti: il valore razionale vien sacrificato alla convenienza materiale. Qual valore scientifico di fatti può annettersi all'espressione *quasi-contratto* e *quasi-delitto,* e qual' idea, che non sia puramente estrinseca, arbitraria ed imposta soltanto dall'uso secolare, possono esse destare?

La locuzione stessa *delitto* che nel campo del diritto penale ha un valore ed un significato giuridico altissimo, erompente dall'intima natura delle cose, trasportata nel campo del diritto civile dà luogo alle più grandi confusioni, e si presta ad equivoci senza numero e senza nome. Siffatta classificazione quindi, non avendo forza di resistere agli attacchi più superficiali della critica, è destinata, in tempo più o meno lontano, inevitabilmente a perire (14).

---

quasi-contratti, delitti, quasi-delitti (V. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano,* vol. III, N. 2. pag. 3). Vi ha invece chi nella prima categoria novera quelle nascenti dai delitti e quasi-delitti e nella seconda quelle nascenti dalla legge (DALLOZ, Répert. alla parola *Oblig.* n. 34). — Tutto ciò denota una grande confusione d'idee e costituisce una novella prova dell'incertezza e dell'arbitrio che regnano in siffatta materia (Consulta SAVIGNY, *Traité de droit romain* vol. III, § 104, pag. 3 e segg.).

(14) Recentemente uno scrittore tedesco di molta competenza, lo SCHLOSSMANN, ha qualificato la classificazione tradizionale delle cause di obbligazione una semplice astrazione, priva di qualunque significato e valore giuridico. « Allein — egli scrive — von vornherein ist die Frage zu verneinen in Bezug auf die in mehreren jener Eintheilungen sich findenden Supplementglieder. Das ist ganz zweifellos bezüglich jener bekannten centuria ni *quis scivit:* der Rubrik der *variae causarum figurae* ». Aber auch fur die Kategorien der Quasicontracte und Quasidelicte wird ja wohl von Niemandem mehr bestritten, dass es keinerlei positive Merkmale giebt, nach welchen die Unterstellung

Vero è che, nel succedersi incessante de' rapporti indefiniti ed indefinibili dell' umana attività, dee cambiare ed assumere una forma diversa l' azione regolatrice della legge; ma ciò non toglie che, pur cambiando l' accidentalità delle parvenze come cangiano le contingenze de' fatti umani, sia sempre unica sostanzialmente la fonte da cui ripetono la loro origine e la loro ragione d' essere obbligazioni, che non possono trovare il titolo e la causa della propria esistenza in un atto liberamente concordato dell' umana volontà. La legge difatti, qual' espressione fisiologica della necessità suprema di mantenere inalterata l' unità e l' integrità dell' organismo sociale a traverso la varietà delle ripugnanti tendenze individuali, uopo è esplichi una funzione relativamente diversa secondo la natura degli organi posti in movimento e la natura diversa dell' ufficio che è chiamata ad esercitare. Onde — tanto nel caso dei così detti *quasi-contratti*, per cui viene obbligato quello degli organi sociali che si è arricchito a spese e con danno evidente di un organo sociale diverso a restituire ciò di cui si è indebitatamente avvantaggiato, quanto nel caso de' così detti *delitti* e *quasi-delitti*, per cui si obbliga quello degli organi che è cagione col fatto proprio o delle forze a lui sottostanti di un danno in altri organi, a ristorare il danno indebitamente recato — comunque varii, secondo l' indole diversa

---

eines Thatbestandes unter die eine oder die andere derselben zu begründen wäre. Ein Urtheil: die *negotiorum gestio* obligirt, weil sie ein Quasicontract ist, oder: durch *effusum und dejectum* wird eine Schadensersatz pflicht begründet, weil hier ein Quasidelict vorhanden, — ENTHÄLT BLOS WORTE MIT DENEN MAN EINEN GEDANKEN NICHT VERBINDEN KANN ». (SCHLOSSMAN, *Der Vetrag,* Leipziz 1876, Lib. I, § 3, pag. 19-20). « Die Kategorien Contract, Quasicontract, Delict, Quasi-delict, u. ä nichts veiter sind, als BLOSSE ABSTRACTIONEN und dazu noch werthlose Abstractionen aus dem geltenden Recht ». Lo stesso lib. II, § 35, pag. 283. Conf. ROSMINI, *Filosofia del Diritto,* vol. I, pag. 368 e 369.

degli organi che la compiono e la natura diversa dell' azione che si compie, l' obbligazione che si origina; nondimeno muove sempre come causa unica generatrice dalla legge, e mira sempre del pari come scopo a serbare l' equilibrio in mezzo all' urto delle cozzanti libertà individuali.

II.

Il contratto, rappresentando esso la più alta espressione di un sentito e profondo bisogno dell' umana convivenza, ed essendo anzi una vera e propria funzione sociale, costituisce un istituto che si è imposto sempre a' legislatori per essere riconosciuto, a' filosofi per essere giustificato come fonte legittima di diritti e di obbligazioni. Ma i tentativi, sin oggi falliti, de' secondi per trovare al contratto un supremo fondamento di ragione, tale cioè che riuscisse a determinare pienamente la causa giuridica della sua forza di obbligare (15), non hanno impedito ai primi di

(15) FRANCESCO CONNANO fece scaturire la forza obbligatoria del contratto dalla disposizione della legge positiva (*Comm. Juris Civil.* lib. V, cap. 1 e segg.). Il GROZIO (*de Jure belli et pacis* lib. II, cap, 11, n. 1 e segg.); il PUFFENDORFIO (*De Jure nat. et gent.* lib. 3, cap. 14, n. 2); e il BURLOMAQUI (*Princ. du droit Nat.,* 3 part., chap. 5 § 79-99) ripongono il fondamento giuridico del contratto nella natura stessa dell' uomo considerato qual essere socievole, ed invocano, a conferma della loro dottrina, le note parole di CICERONE: *Fundamentum autem justitiae est fides id est dictorum conventorumque constantia et veritas* (De offic. lib. I, cap. 8). Il BENTHAM (*Traité de Legislation* vol. I, pag. 298), fedele al suo sistema, spiega la forza obbligatoria del contratto col principio di utilità, perchè così gl' individui come la società si avvantaggiano, mediante l' uso frequente de' cambi, della stretta osservanza del contratto; G. B. VICO (*De Universi juris princ. et fine uno,* N. 51) deduce la obbligatorietà del contratto dall' obbligo che ha l' uomo in generale di dire la verità. Son degne di nota queste sue parole: *Prioris Societatis lex est: bona fide agito, quod idem, sonat, ac ex vero vivito: qua lege stat omne jus naturale* (op. e loc. cit.). A

consacrarla, in ogni tempo e in ogni luogo, come fonte perenne ed inesauribile di diritti e di obbligazioni nella sfera dei rapporti di ordine privato, cui il progredire della civiltà, anzichè scemarne ha dato sempre nuova forza e nuovo vigore di esplicamento. E

---

tale principio della veridicità aderiscono il Fries (*Dottrina Filosofica del Diritto,* Jena 1830), il Bélime (*Phisolophie du Droit* liv. IV, chap. 4), il Tissot (*Introd. Philos. à l' etude du droit en général,* etc. liv. II, chap. 5, pag. 409 e segg.) ed anche il Giorgi (op. e vol. n. 17 e 18). L'Ahrens (*Corso di Diritto Naturale,* traduzione italiana del Trinchera 1842, pag. 228-229), conseguente alla sua dottrina, tenta giustificare la efficacia obbligatoria del contratto col bisogno che ha l' uomo di fare tutto ciò che dipende dalla sua volontà per l' adempimento de' fini della vita umana. Violandosi la fede de' contratti, tale scopo non potrebbe raggiungersi. A siffatta dottrina pare aderisca il Filomusi-Guelfi (*Enciclopedia Giuridica,* 2.ª ediz. Napoli 1875, § 55) quando dice che il lato etico del contratto consiste nella libera effettuazione del bene che per esso si compie; Confr. Trendelenburg (*Diritto naturale sulle basi dell' etica,* trad. italiana di Nicolò Modugno, Napoli 1873, § 104). Secondo il Krug (*Dikaelogie,* § 54-55) e l' Haus (*El. Iur Nat.* § 167) nelle convenzioni bisogna scorgere l' alienazione di una parte della libertà giuridica del promittente in pro dello stipulante, al quale perciò è lecito di entrare nella sfera di libertà dell' alienante. E l' alienante non ha mica il diritto di opporsi a ciò, perchè *nemini volenti fit injuria.* Il Rosmini, poi (*Filosofia del Diritto,* Napoli 1856, vol. I, N. 1094), emettendo un' opinione analoga alla precedente, ragiona nel modo seguente: « La ragione dell' obbligazione è quella stessa che determina la lesione in genere de' diritti umani; consiste cioè nel precetto *morale*, che dice: non far male altrui, tentando da lui strappare la sua proprietà. Per ciò appunto non si deve mancare alle promesse, perchè, mancandovi, si stacca veramente d' altrui ciò che era con esso lui unito col vincolo di proprietà ». Il Mattirolo (*Principii di Filosofia del Diritto,* N. 305), poggiandosi sulle due ultime opinioni, ritiene la forza obbligatoria delle convenzioni stia nella naturale facoltà che ha la persona di disporre nei limiti dei suoi fini razionali delle sue cose e de' suoi atti. Il Kant (*Metaphisische Anfangsgründe der Rechtslerhe* § 19) ritiene che la forza obbligatoria delle convenzioni sia un postulato della ragione pura, il quale non ha bisogno e non è suscettivo di dimostrazione come quello che è evidente di per sè. Lo Schlossmann, infine, pare avvicinarsi molto alla dottrina di Kant, giacchè tenta spiegare la forza obbligatoria del contratto col principio di giustizia che si rivela direttamente al nostro sentimento giuridico. Di fatti egli scrive: « Darum kann auch der Satz: « alle Veträge obligiren » als ein Satz der Wissenschaft nur den Sinn haben: es entspricht der Idee der Gerechtigkeit, dass wer

la coscienza spontanea dei popoli, nell' intuito infallibile de' propri bisogni, senza punto curare i dissensi de' filosofi, ha fatto sempre plauso all' opera benefica dei legislatori. Sarà, dunque, il contratto una manifestazione essenziale della natura umana cui nulla toglie di efficacia la discordanza dei pensatori intorno alle supreme ragioni della sua forza di obbligare; come la nostra sapiente ignoranza circa il modo e le cause per cui si compiono i fenomeni più ordinari della natura, della vita e dello spirito, non impedisce che questi si compiano sempre con meravigliosa regolarità e che siano l' espressione di necessità, per quanto occulte ed ignorate dall' uomo, non meno fatali ed irresistibili.

Tuttavia se, lasciando il campo nebulosamente vago ed infecondo delle astrazioni e delle speculazioni metafisiche, scendiamo nel campo concreto e modesto, ma fecondo, delle semplici asserzioni ed induzioni positive, non riuscirà forse malagevole trovare i riposti motivi determinanti di questo importante istituto giuridico. Sarà bene tentarne la prova.

Fin dal giorno in cui l' uomo, trovandosi nel consorzio dei suoi simili, ha avuto bisogno di essi, vediamo sorgere necessa-

---

einen Vertrag eingeht, an seinen Inhalt gebunden sei und den Vertrag erfülle. *Den Prüfstein für das Gerechte und Ungerechte tragen wir in* UNS, *in unserem* RECHTSGEFÜHL, und deshalb kann als Satz der Rechtswissenschaft nur zugelassen werden, was sich vor dieser Instanz verantworten kann » (op. cit. lib. I, § 2, pag. 13; vedi pure lib. II. § 26 pag. 193 e segg.). Entrambi pare abbiano avuto presente la famosa sentenza di CICERONE: *Non turpe est dubitare philosophos quae nec rustici quidem dubitant?* (*De offic.* lib. III, n. 19). — Tutte queste opinioni pertanto, messe innanzi per ispiegare la forza obbligatoria del contratto, comunque sembrino disparate e contraddittorie fra di loro, riflettono tuttavia, ciascuna per la sua parte, uno degli aspetti onde si palesa la efficacia obbligatoria del contratto medesimo; e tutti insieme concorrono a deporre, nella maniera più luminosa, come, per quanto abbiano potuto e possano cambiare tuttora le vedute personali dei filosofi circa il principio supremo che serve a giustificare l' efficacia obbligatoria dei contratti, sono tutti nondimeno universalmente d' accordo nel riconoscerne la perfetta legittimità.

riamente il contratto; ed a misura che il bisogno reciproco degli uomini fra di loro, col progresso evolutivo della civiltà per virtù d'una maggiore differenziazione ed organizzazione nelle rispettive attitudini, è divenuto sempre maggiore, vediamo anche divenire più frequente e più essenziale agli svariati rapporti della vita civile l'uso del contratto. Mediante il contratto si allarga il valore e la potenza dell'uomo singolo, cui si aggiunge il valore e la potenza degli altri uomini consociati. All'impiego della forza individuale, di ordinario impotente a procacciare le più semplici soddisfazioni degli umani bisogni, vediamo sempre più sostituirsi l'impiego della forza sociale, la quale, come risultante delle forze singole collegate, si trova meglio adatta a superare le grandi resistenze che la natura oppone nella lotta perenne dell'uomo per la vita.

L'individuo umano, considerato antropologicamente, costituisce un aggregato perfetto di organi e di funzioni fra loro armonicamente disposti, in guisa da renderlo un essere di per sè stante ed operante nella cerchia limitata della sua attività fisiologica. Ma, considerato sociologicamente, costituisce invece un semplice elemento ed una cellula rudimentale di più vasto e complesso aggregato — l'organismo della società. Entrando nella composizione organica di essa, l'individuo umano non perde certo il suo carattere di essere fisiologicamente completo con bisogni e tendenze naturali proprie; ma questi d'altro canto vanno gradatamente coordinandosi ed adattandosi a' bisogni ed alle tendenze più alte che nascono e si sviluppano per effetto della convivenza sociale. Ond'egli, anche per le condizioni stesse della sua struttura fisiologica, non opera nè può mai sempre operare da solo pur in tutto ciò che riflette la soddisfazione più semplice dei suoi bisogni animali; e, operando in contatto perenne coi propri simili, la sua azione segue un doppio moto ed è rivolto a un

doppio scopo: l' uno di provvedere direttamente alla sussistenza ed allo sviluppo del proprio aggregato individuale, l' altro di cooperare indirettamente alla sussistenza ed allo sviluppo dell'aggregato sociale. E tutto questo si compie mantenendosi un perfetto stato di equilibrio fra le tendenze individuali e le tendenze sociali, proporzionato all' azione concorrente delle forze rispettive.

Quel complesso di rapporti che si svolgono mutuamente fra il tutto e le parti — società ed individuo — nonchè fra le parti medesime come componenti di unico tutto, all'oggetto di serbare inalterata ed afforzare meglio l' unità ed integrità dell' organismo sociale, costituiscono l' impero del diritto pubblico, dove il principio socialistico predomina su quello individualistico, la tendenza accentratrice ed organizzatrice della massa su quella discentratrice e disorganizzatrice delle molecole.

L' altro complesso di rapporti, invece, che si svolgono pure mutuamente fra il tutto e le parti quali enti distinti ed autonomi avente ciascuno fini ed interessi propri da soddisfare; e, più comunemente, fra le parti medesime in corrispondenza immediata tra di loro, all' oggetto di mantenere ciascuna inalterata e di afforzare, colle cause di essa, il valore della propria esistenza, costituiscono il dominio del diritto privato. Anche qui si palesa, come funzione coordinatrice ed armonizzatrice delle singole libertà individuali, mediante il comando e il divieto della legge, l'azione sovrana del tutto; ma entro i limiti segnati dalla legge vien lasciato libero campo all'attività individuale di svolgersi nelle forme più svariate ed indefinite di rapporti, resi necessari dalla vicenda perenne degli umani bisogni. Si determina in tal guisa la genesi e la funzione sociologica del contratto, il quale ha un valore economico altissimo, perchè genera incessantemente lo scambio e la diffusione delle utilità e la mutua cooperazione nel produrre la medesima utilità fra gli individui collegati; ed ha un valore

giuridico non meno supremo, perchè serve ad assicurare, malgrado la ordinaria riluttanza delle libertà individuali, lo scambio e la diffusione regolare delle utilità e dei servigi, condizioni necessarie alla conservazione e allo sviluppo della vita umana tanto nella sua forma individuale quanto nella sua forma sociale di manifestazione. Se così è, quale la ragione della forza obbligatoria del contratto che, prodotto prima della condizionata libertà individuale, diviene poscia il portato di una necessità sociale, e da volontà subiettiva delle parti si trasmuta in volontà obbiettiva sottratta all' arbitrio degli individui stessi che vi hanno consentito?

Ogni forza operante suol produrre sempre una quantità di movimento proporzionato alla somma di attività da essa posseduta ed impiegata; ma se due o più sono le forze concorrenti, il movimento prodotto in tal caso è la risultante della loro attività complessiva, adoperata cumulativamente per produrre una modificazione nella natura circostante. Prima che le due forze vengano in contatto, possiede ciascuna una quantità di movimento proprio ed autonomo; ma, dall' istante che questo contatto ha luogo, il movimento proprio di ciascuna diviene movimento comune ad entrambe, la cui intensità e durata corrisponde alla intensità ed alla durata del concorso medesimo. L' azione delle forze concorrenti genera la risultante di un movimento comune; e la quantità di movimento comune prodotto rappresenta l' equivalente trasformazione delle forze impiegate a produrlo, mentre costituisce al tempo istesso una forza nuova soggetta ad ulteriori trasformazioni, bensì, non però a distruzione causa la persistenza delle forze in natura (16). Solo l' azione simultanea, operante in

(16) HERBERT SPENCER, *Primiers Principes* (traduzione francese di Cazelles, Paris 1871) capit. VI, pag. 197 e segg.: *persistance de la force*, e capit. VIII, pag. 210 e segg.: *transformation et équivalence des forces*.

senso inverso delle medesime forze concorrenti, può neutralizzare gli effetti del movimento dianzi prodotto; ma fino a che questo non avviene, persistono sempre gli effetti del movimento anteriore, quale espressione e conseguenza della forza che li produsse.

Quest' azione dinamica di forze come si compie nel mondo naturale, si compie altresì, sebbene a traverso una serie di fenomeni più variabili e di combinazioni più complesse, nel mondo sociale. Il concorso delle forze, secondo fu sopra osservato, anche qui è necessario come condizione di vita e di sviluppo così per gl' individui come per la società. Dato il concorso delle forze individuali, l' effetto che ne deriva non è che la risultante delle singole forze combinate; e si collega, per vincolo generativo di causalità, a ciascuna di esse nella misura esatta dell' azione rispettivamente spiegata per produrlo. I tessuti sociali che si generano sotto l' azione incessante di tante forze agenti e reagenti fra di loro, non sono manifestazioni più complesse e più spiritualizzate di materie e di forze naturali: uopo è, dunque, obbediscano alle medesime leggi. Si spiega così agevolmente l'efficacia obbligatoria del contratto.

L' apparato fisiologico del corpo sociale, anzichè individui fisici che operino isolatamente e di per sè, ci mostra delle istituzioni conformate alla guisa di altrettanti organi, il cui tessuto è composto di persone e di beni, d' individui e di patrimonio ai medesimi aderente e coagulato, come le membra e i tessuti dei corpi organici constano, senza eccezione, di cellule e di materie intercellulari.

L' individualità umana entra senza dubbio, con una parte della sua sostanza personale e patrimoniale, nella composizione dei tessuti ed organi sociali: ne è anzi l'elemento costitutivo della loro organizzazione; ma le unità socialmente attive si presentano come combinazioni di personale e di patrimonio, cioè di persone

fisiche collegate a determinati beni in una disposizione collettiva capace di azione sociale (17).

Or rappresentando ciascun individuo, in sè, un complesso di forze personali e patrimoniali che costituiscono altrettante disposizioni sociali, più o meno ricche e numerose secondo la propria natura; ne viene la conseguenza spontanea che il medesimo individuo, proporzionatamente alla quantità ed alla intensità delle sue attitudini, si connetta ad un numero maggiore o minore di organi, e vi eserciti un' azione più o meno decisiva. Da ciò il concetto della *pluri-personalità* giuridica.

Ogniqualvolta queste combinazioni di forze personali e patrimoniali, ovvero semplicemente personali, nell'organismo sociale vengono determinate dalle tendenze e dalle immediate necessità particolari, si origina il contratto di diritto privato. E questo, se trova in principio la ragione del suo essere in un moto impulsivo della volontà individuale, si trasforma subito, mediante il contatto degli individui liberamente cooperanti fra di loro, in una vera e propria funzione sociale.

Come nell' azione meccanica delle forze naturali il concorso di esse genera una quantità ed una forma di movimento, che è la risultante di tutte insieme e non soltanto di una sola delle forze concorrenti; così nell' azione organica delle forze sociali la combinazione di esse dee produrre del pari un effetto ed una modificazione, che sia perfettamente la risultante delle forze sociali collegate. É del tutto indifferente che nell'un caso la spinta all' azione trovi la sua causa in un impulso meccanico e fatale,

---

(17) Schäffle, *Bau und Leben des socialen Körpers,* Tubingen 1875, vol. I, cap. III, sez. I, N. 3. Vielseitgkeit der socialen Verwebung *desselben Individuums* « physische Personen » (Personen in antrhopologischen Sinn) und « sociale Einheiten » (Subjecte oder Personen in sociologischen Sinn) « juristiche Personen » pag. 275 e segg.

mentre nell' altro in un impulso libero, ma non meno fatale; poichè se, potrà cambiare il valore ed il carattere della combinazione, non cambierà di certo l' effetto che la medesima è destinata necessariamente a produrre nel concorso di più forze collegate agenti e reagenti fra di loro.

La volontà individuale isolata serve di occasione all' originarsi del contratto, la volontà individuale combinata è invece la causa generatrice della sua efficacia obbligatoria, in quanto determina il concorso delle forze personali e patrimoniali di più individui, che costituisce appunto, per la necessità stessa delle cose, una vera e propria funzione sociale. Gl' individui prima sono liberi di collegarsi o no fra di loro, stando in essi la scelta della combinazione; ma, quando la combinazione è avvenuta, alla libertà di combinare succede la necessità di sottostare agli effetti della combinazione operata (18).

Quel che occorre si è che ciascun individuo, combinandosi liberamente con un altro, per costituire ciò che giuridicamente denominasi contratto, disponga di una sostanza personale e patrimoniale propria. Sta perfettamente in ciò la causa e il limite del contratto: disposizione reciproca o univoca di attività personale o patrimoniale propria. Quando questo ha luogo, il contratto si origina come funzione giuridico-sociale, da cui ciascuna delle libere parti concorrenti ha diritto di trarre una somma di utilità, proporzionata alla somma delle forze rispettivamente impiegate, e che si ebbe di mira nell' istante di produrre la combinazione. Nei corpi organici individuali, obbedendosi a delle necessità puramente fisiche, la combinazione delle forze ha luogo di per sè

(18) Die Willensthätigkeit des einen Contrahenten sich darstellet als eine Fortsetzung der Thätighkeit des anderen Contrahenten, beide zusammen als ein einziges *Werk* — Schott, citato da Schlossmann, op. cit., I, § 11, pag. 86.

automaticamente, mediante il contatto di materie cellulari ed intercellulari proprie da parte degli organi che si pongono in moto per compiere una data funzione; ed è fisiologicamente impossibile che, nelle condizioni normali dell' organismo, accada altrimenti. Nell' organismo sociale, invece gl' individui umani, come centro di potenza personale e patrimoniale propria, sogliono d'ordinario disporre unicamente di questa; ma se, per avventura, nell'esercizio disordinato della libertà propria, si attentassero disporre della sostanza personale o patrimoniale altrui, il loro atto volitivo resterebbe inefficace, perchè impotente a distrarre una quantità di materia e di movimento dall' orbita naturale dell' agente libero cui immediatamente si collega.

Questo dinamismo organico di forze individuali, le quali, combinate reciprocamente fra di loro, costituiscono la funzione sociale che assume la determinazione giuridica di contratto, si palesa, comunque incompletamente per l' imperfetto modo di vedere improntato alla metafisica, a traverso la dottrina giuridica comune e nel linguaggio stesso formalistico fin' oggi dominante nella scuola e nel foro.

Qualunque contratto non ha altro scopo che quella di alienare o di vincolare una parte delle nostre cose o delle nostre azioni, della nostra proprietà o della nostra libertà in favore di un' altra persona, la quale acquista perciò un diritto che prima non aveva. Il diritto di padronanza che noi abbiamo sulle cose nostre e sulle nostre azioni, sulla nostra proprietà e sulla nostra libertà, importa che noi possiamo usarne e disporne a nostro piacimento. Ed essendo assoluto in noi, entro i limiti segnati dalla legge, il diritto di disporre, qual naturale conseguenza dell' effettiva padronanza che abbiamo sulle cose nostre e sulle nostre azioni, ne viene che noi, alienando o vincolando in favore di altri una parte della nostra proprietà e della nostra libertà, non

facciamo che esercitare legittimamente un nostro diritto, e compiere un atto legittimo di padronanza (19). Il quale atto, costituendo l'espressione della nostra libera volontà, quando è accettato da un atto equivalente della libera volontà di colui a cui prò intendiamo disporre (20), fa sì che questi divenga padrone in vece nostra di quel che prima era nostro e che, senza l'atto della nostra volontà, non avrebbe potuto in nessuna guisa acquistare. Nel concorso di questa pluralità di forze libere agenti e reagenti fra di loro, si sviluppa una corrente di movimento opposta nella quale appunto consiste l'essenza giuridica del contratto. Ciascuna delle forze libere concorrenti, come avviene per l'elettricità di diverso nome, respinge la sostanza personale o patrimoniale che alla medesima si collega, ed attrae la sostanza personale e patrimoniale che si collega alla forza opposta. Con questo moto di attrazione e di repulsione reciproca, determinato dal contratto, si verifica il trasferimento reciproco della proprietà e della libertà fra le parti contraenti.

---

(19) Siffatta idea trovasi fugacemente sì, ma scolpitamente enunciata dal Grozio. Egli definisce la promessa di dare: *via ad alienationem rei*, e la promessa di fare: *alienatio purticulae cujusdam nostrae libertatis* (*De jure Belli et pacis*, Losanna, 1751, vol. II, lib. 2, cap. 11, N. 4). Lo stesso concetto viene non meno bellamente e più ampiamente svolto dal Wolfio, il quale scrive: *cum actiones nostrae liberae sint in dominio nostro perinde ac res* (*Ius naturae* etc., parte III, § 360 e segg.). Con maggiore profondità di vedute aveva sentenziato il giureconsulto Pomponio: *Id quod nostrum est, sine facto nostro, ad alium trasferri non potest* (fr. 11 Dig, de reg. juris, L. 17).

(20) Dass der Wille beider Contrahenten dahin gerichtet ist, eine Obligation zur Existenz zu bringen, darauf beruht ja für die herrschende Theorie die ganze Wirkung des Vertrags; und die Erklärungen des einen verplichtet, des andern forderungsberechtigt sein zu wollen, bilden die wesentlichen Elemente, mit denen hier allgemein operirt wird. In vielen, vielleicht in den meisten Fallen, wo wir eine Vertragsobligation annehemen, trifft es nun auch zu, dass der eine erklart: ich will zu der und der Leistung verpflichtet sein; der andere: ich vill ein Recht auf sie erwerben. (Schlossmann, op. cit., lib. I, § 6, pag. 46).

L' essenza, dunque, della forza obbligatoria del contratto poggia sopra un doppio termine: nella naturale libertà che l' individuo ha di disporre, entro i limiti delle legittime facoltà onde si trova investito, della sua personalità e della sua proprietà, dei suoi beni e dei suoi atti; nella conseguente necessità di rispettare, dopo che la disposizione è stata accettata mediante un atto equivalente della libera volontà di un' altra persona, il diritto da questa, già per fatto nostro irrevocabilmente acquistato sulle nostre cose e sulle nostre azioni. Nel primo momento esercitiamo la naturale libertà di disporre di un diritto nostro; nel secondo momento obbediamo alla imperiosa necessità di rispettare il diritto altrui: la necessità di poi non è che la conseguenza della libertà di prima.

Dato l' effetto legittimamente prodotto dal concorso libero delle forze individuali concorrenti dirette ad uno scopo comune, e nella misura precisa dell' azione da esse liberamente e cumulativamente spiegata; non può questo effetto rappresentante una vera e propria funzione sociale — giacchè, per virtù della trasformazione di movimento avvenuta, costituisce di per sè una forza equivalente a quella combinata che s' impiega nel produrlo, — nonchè distruggersi, modificarsi, finchè non avvenga un movimento contrario di quelle stesse forze libere dalla cui azione combinata ebbe origine. Perdurando l' azione della causa generatrice, rimane integra la produzione dell' effetto generato. E poichè nel contratto questa causa vien rappresentata dal concorso delle due o più forze individuali volenti ed operanti liberamente insieme, concorso che determina l' originarsi di una legittima ed ordinata funzione sociale; ne viene la conseguenza ineluttabile, e quindi anche la imperiosa necessità per l' organismo della convivenza in generale, che tale funzione, al pari delle altre, si compia regolarmente nel modo come si è originata. Imperocchè,

non compiendosi, per ingiustificabile riluttanza di una delle forze concorrenti al suo essere, si romperebbe quell' ordine e regolarità di movimenti e di funzioni richiesti per la conservazione ed armonico sviluppo di tutto l' organismo sociale e dei singoli organi che lo compongono. È in tal guisa che si spiega pure il provvido intervento della legge, qual espressione della totalità organizzata, per mantenere l' osservanza e la fede de' contratti validamente consentiti dalle parti.

III.

La forza obbligatoria del contratto, cui nessuno ha osato finoggi contendere la legittima efficacia esercitata nel giro de' rapporti civili, è fatta segno pertanto, in questi ultimi tempi specialmente fra' tedeschi, ad una nuova forma di attacchi relativi al fondamento supremo, onde suol derivare razionalmente la causa giuridica di tale forza obbligatoria (21).

Più severo, e non meno autorevole fra tutti, lo SCHLOSSMANN consacra un intero libro del suo recente volume dianzi più volte citato (22), per dimostrare del tutto erronea la dottrina universalmente accettata che riconosce nel *consenso* delle parti la causa fondamentale da cui si origina la forza obbligatoria del contratto. Tale dottrina egli qualifica col nome di *domma* (23).

---

(21) LIEBE, *Die Stipulation und das einfache Wersprechen,* an. 1840, § 71 e segg.; GIRTANNER, *Die Stipulation und ihr Werhältniss zum Wesen der Vertragsobligation,* 1859, §§ 95, 122, 130 e 338; HOFMANN, *Die Entstehungsgründe der Obligationen,* 1874, § 53 e segg.; RÖVER, *Ueber die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen,* 1874, § 47.

(22) SCHLOSSMANN, *Der Wertrag,* Leipzig 1876.

(23) Neben dem Satze, welcher im consensus das Wesen des Vertrags findet, stehet gleichberechtigt, und in gleich unbestrittenem Ansehen das *Dogma,* der Wille der Partei sei die Seele eines jeden

Ed in contrapposto alla medesima richiama la storia assai recente della dottrina contraria che nega al consenso l'efficacia di obbligare, mostrando in confronto di questa i vizî onde quella trovasi colpita, e alla quale non risparmia l'accusa gravissima di fare della volontà, come causa generatrice della forza obbligatoria del contratto, una pura e semplice astrazione destituita di qualunque valore giuridico, e, per l'aria di misticismo in cui si avvolge, sottratta benànche all'esame della critica scientifica (24).

Le obbiezioni poste innanzi abilmente, e diffusamente svolte dall'illustre scrittore possono riassumersi nelle tre seguenti:

1° Coloro che fanno scaturire l'efficacia obbligatoria del contratto dalla *volontà* cadono in contraddizione. Se la volontà delle parti in generale e quella del promittente in particolare servisse, come si pretende, di fondamento alla obbligazione nascente dal contratto, ne deriverebbe inconcussa la conseguenza che, cessando nel promittente la volontà di essere obbligato, dovrebbe per forza cessare l'esistenza della obbligazione (25).

2° I fautori del *domma* della volontà sono inconseguenti. Essi difatti, anzichè mostrarsi scrupolosi nel cavare ed ammettere tutte le conseguenze, le quali logicamente rampollano dal prin-

---

Vertrags. Die Souveränetät der Partei, die sich verpflichten will, verleiht dem Vertrag se in Leben. Das *Dogma* von der bindenden Kraft der Verträge erscheint also hier in der Gestalt des *Dogmas* von der bindenden Kraft des Willens. Dass ihm aber auch in diesem Gewande nicht ein Schein von Wahrheit zukommt, soll nun dargthan werden. SCHLOSSMANN, op. cit., lib. I, § 11, pag. 80.

(24) In allen diesen Aeusserungen ist ein dem Verstande fassbarer Gedanke nicht enthalten; wir haben es hier nur mit juristischer Mystik zu thun. An die Zwenigkeit der Willen kann man nur glauben; wissenschaftlicher ERKENNTNISS entzieht sie sich wie alles Mystische, und so ist diese ganze, weit verbreitete Anschauung durch die Constatirung dieses ihres Characters auch sofort wieder der wissenschaftlichen Kritik von selbst entrückt. — SCHLOSSMANN, op. cit., I, § 11, pag. 87.

(25) SCHLOSSMANN, op. cit., I, § 12, pag. 88 a 100.

cipio che l'obbligazione nascente del contratto trova la sua causa generatrice nella volontà e solo nella volontà, se ne allontanano in moltissimi casi, allorchè la stretta osservanza del medesimo ripugna al sentimento giuridico ed alle imperiose esigenze dell'equità. Si eleva a fondamento assoluto dell'obbligazione contrattuale la volontà, e intanto si mantiene in vita l'obbligazione anche quando la manifestazione o l'apparenza della volontà non corrisponde alla volontà stessa reale ed effettiva, come quando il creditore non abbia in alcun modo conosciuto l'antitesi tra l'intenzione e la manifestazione fatta dal debitore. Provata l'esistenza di una serie di casi nei quali si genera l'obbligazione, nonostante la mancanza evidente della volontà di obbligarsi nel debitore, viene necessariamente a provarsi altresì come il domma della volontà non sia sufficiente a giustificare in tutti i casi l'origine delle obbligazioni contrattuali. Esempio precipuo addotto è quello di chi dichiara per *burla (Scherz)* di obbligarsi, mentre il creditore non può argomentare dalla dichiarazione ricevuta la mancanza di volontà seria per obbligarsi nel promittente. Questo in tal caso rimane, suo malgrado, obbligato. Ha luogo del pari nel caso della *simulazione* unilaterale, quando il promittente maliziosamente dichiara una cosa diversa da quella che egli vuole, ad insaputa della persona alla quale promette; giacchè l'obbligazione si reputerebbe inesistente solo nel caso della simulazione bilaterale. Anche l'*errore* e l'*ignoranza* possono in talune circostanze dar luogo al medesimo inconveniente. Se il capo di una casa di commercio sottoscrive, senza leggerle, le lettere di affari, scritte dal suo commesso al proprio corrispondente, anche quando questi scrivesse cose diverse da quelle che egli vuole, non potrebbe allegare l'ignoranza del contenuto per sottrarsi all'adempimento dell'obbligazione nascente dalla corrispondenza epistolare che ha sottoscritto. E in tal caso come negli altri il

debitore resterebbe obbligato senza e malgrado la volontà di obbligarsi (26).

Se l' efficacia dell' obbligazione non vien determinata da ciò che il promittente ha voluto significare, ma da quello invece che il creditore ha potuto dedurre in base alla manifestazione fatta dal debitore, per guisachè questi possa essere obbligato ad una prestazione cui non abbia giammai pensato; come si concilia tutto questo — conchiude — col domma della volontà? (27).

3° Finalmente intende provare che il domma della forza obligatoria della volontà non attinge per nulla la sua origine alle sorgenti della ricerca scientifica, ma è invece il risultato del più volgare empirismo. Per riuscire nell' assunto tenta dimostrare, ricorrendo all' indagine storica, come le parole offerta ed accettazione — *oblatio* ed *acceptatio* — s' incontrano adoperate nella pratica degli affari, prima ancora che fosse sorta la necessità scientifica di riconoscere nelle medesime un atto reciproco di volontà fra le parti contraenti, nel fine di porre in essere l' obbligazione. Ed insistendo sempre più in questo suo concetto invoca, riferendosi alle fonti, la dottrina del diritto romano, secondo cui la semplice promessa unilaterale non accettata — *pollicitatio* — valeva in taluni casi ad obbligare il promittente (28).

Tutte queste obbiezioni sollevate contro il domma della volontà, come causa della forza obbligatoria dei contratti, riper-

(26) SCHLOSSMANN, op. cit., lib. I, § 13, 14 e 15, pag. 100 a 117.

(27) Die Wirkung der Rechtsgeshäfte bestimmt sich nicht durch den Inhalt, welchen der Erklärende in die Erklärung hineinlegen wollte, sondern durch den, welchen der Andere aus ihr herausnehmen musste, und dieser Inhalt kann doch unter Umständen von jenem ganz verschieden sein. Der Erklärende kann also zu einer Leistung für verbunden erachtet werden, zu welcher sich zu verpflichten, er nicht im entferntesten gedacht hat. Wie stehet es also hier mit dem Willensdogma? SCHLOSSMANN, I, § 16, pag. 119 e 120.

(28) SCHLOSSAMANN, op. cit., I, § 18: « Offerte und Acceptation-Werthlosigkeit dieser Begriffe, Herkunft derselben. pag. 140 a 148.

cuotono in gran parte l' eco della coscienza giuridica moderna, nel cui seno, in onta alle secolari tradizioni del passato, si combatte assai viva la lotta tra i sostenitori e gli oppositori del libero arbitrio come causa e misura dell' umano operare (29).

All' affermazione assoluta della volontà si contrappone, come antitesi, la negazione non meno assoluta della medesima qual fondamento dell' efficacia obbligatoria dei contratti. Ma in queste due tendenze opposte, per chi guardi bene al di sotto delle semplici parvenze, si disegna, in tutta la sua crudezza, il problema formidabile del libero arbitrio; e ciascuna di esse incarna una delle due opposte soluzioni che si contendono il dominio delle scienze morali. Da un canto la volontà pura, prescindente, metafisica, superiore a ogni motivo, indipendente da ogni determinazione; dall' altro la volontà ridotta a un semplice movimento automatico di muscoli e di nervi, destituita di ogni efficienza e contenuto etico, e sottoposta unicamente all' impero delle leggi fisiche. Qual reazione contro la libertà assoluta del volere, la negazione di qualunque libertà del volere. Or questa reazione, passando dal campo filosofico nel campo giuridico ed applicata alla teoria dei contratti, si risolve nelle obbiezioni dirette contro la volontà come causa della loro forza obbligatoria.

Ci troviamo balzati da un estremo all' altro; e, mentre si è preteso dare il bando alla metafisica colla proscrizione delle teorie assolute, si ritorna, sotto mutate forme, nuovamente alla medesima levando in onore dottrine non meno assolute. In mezzo

(29) Si possono consultare in vario senso fra coloro che recentemente hanno scritto intorno alla quistione del libero arbitrio: LACHERET, *La liberté morale*, etc. Genéve 1873; FOUILLÉE, *La liberté et le determinisme*, Paris, 1872; SICILIANI, *Causalismo psicologico e libertà morale* nell' opera *Socialismo darwinismo e sociologia moderna*, Bologna 1879; FERRI ENRICO, *La Teoria dell' imputabilità e la negazione del libero arbitrio*. Bologna, 2.ª edizione 1881.

alle opposte esagerazioni degli uni e degli altri è bene seguire una linea puramente mediana, nella quale suol consistere sempre la verità.

La volontà, considerata in sè stessa, è funzione pratica, attuosa, operante in forza dei motivi ai quali si collega. Dato un cert' ordine d' impulsi, uopo è la volontà si determini in conformità de' suoi motivi. Stà in ciò la parte meccanica e necessaria della funzione, la quale, sotto questo rispetto obbedisce alle leggi dell' organismo in generale, essendo immediato il vincolo tra il motivo e l' atto. Ma l' uomo, come fattore personale, può creare e modificare i motivi della sua volontà, la quale, determinandosi in vista degli stessi motivi creati e modificati dal subbietto agente, diviene libera perchè causa a un punto de' propri impulsi. La necessità di poi trova la sua origine e la sua spiegazione nella libertà di prima; e così prima come poi l' uomo ha coscienza dell' atto che compie. La funzione della volontà, adunque, è *necessaria* riguardo al modo generale ond' essa si esercita, ed è libera riguardo ai motivi speciali che servono a determinarla; in quanto può l' uomo stesso preparare e modificare i motivi determinanti della sua volontà. E come funzione non può agire in maniera assoluta, dovendo obbedire alla dinamica delle forze; ma bensì sempre in maniera relativa coordinandosi l' atto del volere al movente del volere istesso.

Applicando tali principî alla materia dei contratti ne deriva una soluzione, che è tale da integrare nell' unità di una concezione organica, egualmente lontana dagli estremi opposti, l' elemento della libertà e quello della necessità.

Quanto al suo costituirsi, il contratto è l' espressione della volontà individuale, perchè libere le parti di formarlo o no modificando o rinnovando i motivi determinanti del contratto. Quanto alla sua efficacia obbligatoria, invece, è l' espressione della ne-

cessità sociale; perchè, dal momento in cui le volontà subbiettive de' contraenti si fondono in una che è la volontà obbiettiva risultante dal loro concorso, esse non sono che parte integrante di un organismo, quello del contratto; alla cui formazione poteva ciascuna negare il suo concorso prima che fosse costituito, ma che, dopo costituito, nessuna, da sola, può più arbitrariamente disciogliere senza offendere i diritti quesiti dell' altra parte, e turbare la regolarità di una funzione giuridica in esercizio.

La volontà singola di ciascun contraente non costituisce che uno de' termini del contratto; la causa efficiente di esso sta nella volontà collettiva di entrambi, ed è unicamente da questa che promana la sua forza di obbligare.

Or se, per mettere in essere il contratto ed imprimergli la forza di obbligare, si richiede il concorso delle due volontà; la conseguenza inevitabile è che, per discioglierlo e destituirlo della sua efficacia obbligatoria primitiva, si richieda del pari il concorso di quelle due medesime volontà che lo posero in essere e lo resero produttivo di effetti giuridici: *Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere quo colligatum est* (30). La volontà di una sola delle parti contraenti, come non è bastevole a creare l' efficacia giuridica del contratto, così neanche può essere sufficiente a togliergliela: l' obbligazione che ne deriva, più che della volontà singola, non è che la risultante della volontà comune.

Il tentativo, adunque, del debitore di sottrarsi all' adempimento dell' obbligazione contratta, perchè cessata in lui la volontà di obbligarsi, anzichè l' esercizio d' un diritto proprio, costituisce la violazione del diritto altrui, quello del creditore. Bisognerebbe che cessasse anche in questo la volontà di esigere

(30) Ulpiano, fr. 35 Dig. de reg. jur. L. 17.

l' adempimento dell' obbligazione; ma, fino a quando ciò non accade, rimane inconcussa l' efficacia giuridica del contratto, ed incontestato nel creditore il diritto di costringere il debitore al-l' adempimento dell' obbligazione. Il debitore era libero di alienare e d' impegnare o no in favore del creditore una parte della sua proprietà ed attività mediante un atto del suo volere; ma, dal momento che tale alienazione od impegno è stato accettato per virtù di un atto corrispondente di libero volere del creditore, è sorto in questo un diritto che il debitore è tenuto a rispettare. La necessità nel debitore nascente dal contratto già costituito, non è che la conseguenza inesorabile della libertà dal medesimo goduta nel momento in cui il contratto venne a costituirsi. Costituito il contratto la sua libertà di disvolere è neutralizzata dalla necessità di operare nel senso già voluto. Si porge così assolutamente infondata la prima obbiezione dello SCHLOSSMANN.

Nè più fondata si presenta la seconda obbiezione. Con essa egli accusa d' incoerenza i fautori della dottrina comune, appunto perchè ritengono valide le obbligazioni anche nei casi in cui il debitore non abbia avuto intenzione di obbligarsi: mentre il creditore, giudicando dalle parvenze esteriori, abbia avuto legittimo motivo di credere che quegli siasi volontariamente obbligato. E cita, a titolo di esempio, il caso in cui il promittente siasi obbligato per burla *(Scherz)*, quello in cui maliziosamente abbia simulato di obbligarsi e quello infine in cui si trovi obbligato per errore a lui imputabile, come se un commerciante abbia sottoscritto una obbligazione scritta dal suo commesso senza mica averla letta.

Il certo è che in tutti e tre i casi enumerati dallo Schlossmann si ha da parte del debitore la manifestazione efficace della volontà di obbligarsi, e da parte del creditore la volontà efficacemente manifestata di accettare l' obbligazione. Nel debitore, però,

la manifestazione estrinseca non corrisponde alla intenzione intrinseca di obbligarsi, ed è questa intanto necessaria per costituirsi l'obbligazione contrattuale. Come va dunque ch'egli resta obbligato senza e contro la sua volontà?

Sta innanzi tutto, che la volontà degli uomini non può conoscersi se non dalle sue manifestazioni esteriori: le anime, come sentenziava il Romagnosi, non hanno commercio immediato fra loro.

Chiunque contratta, dovendo agire seriamente ed onestamente, uopo è conformi, con accorta scrupolosità, le manifestazioni esteriori alla volontà effettiva interiore: se ciò non fa è sua la colpa, e sue debbono essere le conseguenze che ne derivano. Tuttavia, quando la difformità tra l'intenzione e la manifestazione della medesima deriva da un caso fortuito indipendente dal fatto del debitore, come nell'ipotesi di un errore cadente sull'identità della cosa che forma obbietto dell'obbligazione: *error in ipso corpore, o aliud pro alio,* l'obbligazione non si origina punto (31); ed è annullabile quando senza colpa del debitore, l'errore cade intorno alla sostanza della cosa dedotta nell'obbligazione:

---

(31) « *Si hominem stipulatus sim, et ego de alio sensero, tu de alio: nihil acti erit; nam stipulatio ex utriusque consensu perficitur* (fr. 137 § 1 Dig., de *verb. obli.,* XLV, 1); *Si igitur ego me fundum emere putarem Cornelianum; tu mihi te vendere Sempronianum putasti, quia in corpore dissensimus, empio nulla est. Idem est si ego me Stichum, tu Pamphilum absentem vendere putasti: nam cum in corpore dissentiatur apparet nullam esse emptionem, (fr. 9 Dig, De contrah empt. XVIII, 1); — Si de alia re stipulator senserit de alia promissor; perinde nulla contrahitur obligatio, ac si ad interrogatum responsum non esset* (§ 23 Inst. de inutil. stipulat. III, 20); SAVIGNY op. cit. vol. III. § 137; MARCADÈ, *explicatio thèorique et pratique du code napol.* art. 1110, n. 1; LAROMBIÈRE, *Theorie et pratique des obligations,* art. 1110, n. 10; DURANTON, *Cours de droit francais,* X, 114; DEMOLOMBE, *Traitè des contrats et des obligations,* I, n. 49, 87; AUBRY ET RAU, *Cours de Droit civil francais* IV, testo e nota 8; LAURENT, *Principes de Droit Civile francais,* XV, n. 489; GIORGI, *Teoria* delle obbligazioni etc. III, 247.

error in substantia (32); appunto perchè da una parte tale difformità non è imputabile a colpa del debitore, mentre dall' altra la parvenza non dee prendere il luogo della realità, la forma non dee uccidere la sostanza. Ma viceversa quando la difformità tra l' intenzione e la manifestazione è imputabile a colpa del debitore come nel caso della simulazione o dello *scherzo,* ovvero a negligenza grave del medesimo come nel caso del firmatario di una obbligazione scritta da altri senza di averne prima letto il contenuto; uopo è che il medesimo resti obbligato senza e contro la sua volontà.

L' obbligazione in tali casi però non deriva punto dal contratto, una volta che manca nel debitore l' effettiva volontà di obbligarsi; ma è la conseguenza immediata della legge: nei primi due casi perchè *malitiis non est indulgendum — nemo ex culpa sua beneficium trahere debet;* nel secondo caso poi, perchè *nimia negligentia culpae adnumeratur — jura vigilantibus et non*

(32) Per dritto romano l' *error in substantia* fu equiparato all' *error in corpore* agli effetti d' impedire la formazione del contratto. Onde la massima divenuta comune: *quotiens in substantia erratur nullus est contractus.* Vi hanno tuttavia notevoli discordanze nelle fonti che non è agevole far disparire. V. fr. 9 § 2; fr. 10; fr. 41, § 1, e fr. 45 Dig. *De contrah* empt. XVIII, I e SAVIGNY op. cit. III, § 138. Nelle legislazioni moderne, l' *error in substantia* non impedisce l' esistenza del contratto, ma lo rende annullabile, art. 1110 cod. civ. francese e art. 1110 cod. civ. italiano. La questione fra gli scrittori versa soltanto circa il valore che deve attribuirsi alla parola *sostanza,* usata dal legislatore. Si possono consultare in proposito: MARCADÈ, op. cit. art. 1110, n. 3; LAROMBIÈRE, 1110, 3; DEMOLOMBE, I, n. 101; DURANTON, X, 114; AUBRY ET RAU, IV, § 343 bis, nota 2; LAURENT, XV, 488; GIORGI, IV, 50 e segg. Giova pertanto notare come il codice federale svizzero sulle obbligazioni parifica l' *error in substantia* all' *error in corpore,* ritenendo che il contratto non obbliga colui che per l' una o l' altra ragione fu indotto in errore (art. 18 e 19). Il codice civile universale austriaco pare subordini l'errore al dolo, per guisa da escludere l'obbligazione quando una delle parti fu indotta in errore dall' altra. Però si produce tal effetto allorchè l' errore risguarda la cosa principale o una qualità essenziale di essa, (§ 871 e § 872).

dormientibus soccurrunt et prosunt. Il titolo dell' obbligazione non consiste già nella volontà del debitore, ma nel suo fatto colposo ed imprudente, ed è questo pure la misura della obbligazione. Colui che maliziosamente finge di assumere una obbligazione colle più grandi apparenze di serietá, e di sincerità, ma col proposito *in mente retentum* di non assumerla nel fatto, o che l' assume imprudentemente per errore che sarebbe valso l' impiego della più volgare diligenza a fargli scoprire, in favore di un'altra persona, la quale, dinanzi alla serietà delle apparenze, l' accetta in buona fede; è tenuto ad adempierla entro i limiti rigorosi in cui ha mostrato di obbligarsi, dovendo ciascuno essere responsabile del danno cagionato non solo per fatto doloso, ma benanche per propria negligenza ed imprudenza (33): *factum cuique suum, non adversario nocere debet* (34).

Che la obbligazione derivi dal contratto è una semplice parvenza: la realità è che la medesima deriva dalla legge in occassione del fatto colposo o imprudente del debitore, avveratosi sotto la forma accidentale di volontà che effettivamente non ci è stata mai. Mancando la volontà di una delle parti contraenti manca il contratto; e se ciò non ostante l' obbligazione si genera in colui che, pur non avendo la volontà di obbligarsi, mostra tuttavia, o per imprudenza o per colpa di volersi seriamente obbligare, ciò vuol dire che l' obbligazione trova la sua causa giustificatrice e determinatrice nella legge.

Destituita infine di qualunque significato ed importanza giuridica, non meno delle due prime, si porge la terza obbiezione messa innanzi dallo Schlossmann.

Che le parole offerta ed accettazione, *oblatio ed acceptatio,*

---

(33) Art. 1152 cod. civ. italiano.
(34) Fr. 155 Dig. de reg. jur. L. 17.

siano state adoperate nella pratica degli affari per esprimere le attinenze reciproche delle parti contraenti, prima ancora che fossero entrate nel dominio della scienza, nulla depone in favore di lui, ma depone molto contro di lui. I rapporti giuridici, come tutti gli altri rapporti della vita umana, sorgono in principio e si sviluppano gradatamente col tempo per virtù di forze intime, di energie latenti, qual espressione e prodotto spontaneo di bisogni profondi avvertiti e fecondati dalla coscienza popolare, *rebus ipsis dictantibus, usu exigente et humanis necessitatibus*. Di qui l' origine della consuetudine che, manifestazione istintiva di tale coscienza popolare prima, diviene poscia norma costante, diuturna, uniforme della vita stessa giuridica del popolo (35). Il lavoro riflesso del legislatore e del filosofo viene poi: quello del primo per raccogliere, disciplinare ed imporre autorevolmente; quello del secondo per raccogliere, organizzare e spiegare scientificamente le norme di condotta che il popolo, nell'erompere spontaneo del sentimento giuridico, impone istintivamente a sé stesso.

L' aver dunque attinto alle vive sorgenti della coscienza popolare gli elementi e i termini della sua esistenza, non è che la miglior prova e la più eloquente per comprovare che un istituto giuridico non è mica il frutto dell' arbitrio o della vana speculazione, ma il risultato invece delle condizioni reali e delle necessità imperiose della vita.

È perfettamente inopportuno del resto il richiamo del Diritto romano, secondo cui la semplice promessa non peranco accettata — *pollicitatio* — valeva in taluni casi ad obbligare la persona del promittente. Il fatto anzi che l' efficacia obbligatoria

(35) *Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur et hoc est jus quod dicitur* MORIBUS CONSTITUTUM — fr. 32 Dig. de legibus I, 3; — *Omne jus aut consensus fecit, aut necessitas constituit, aut firmavit consuetudo* — fr. 40 Dig. ibid.

della semplice promessa non accettata, era tassativamente limitata, in via eccezionale a soli tre casi (36) che, per la loro natura speciale, e più specialmente pei motivi cui si avea riguardo, presentavano caratteri notevoli di differenza dagli altri casi ordinari, conferma già, nella maniera più irrefragabile ed inconcussa, come la regola generale fosse quella che giammai il fatto consensuale di una sola persona, mancando l'accettazione dell'altra, valeva a creare un rapporto obbligatorio riguardo alla medesima: *exceptio firmat regulam in casibus non exceptis*. Nei casi speciali cui si riferisce lo Schlossmann era invece la legge che, in occasione del fatto unilaterale della persona, determinava l'origine dell'obbligazione.

Se dunque infondate del tutto si presentano le obbiezioni mosse contro la volontà, come causa giuridica della forza obbligatoria nel contratto, non bisogna che ricorrere ad essa per ispiegarla. La legge non interviene che nel fine soltanto di garantire il libero esplicarsi della volontà rispettiva, ed assicurare gli effetti legittimi nascenti dalla volontà comune delle parti contraenti; ma solo in questa sta la causa e la misura della obbligazione.

La volontà però congiunta e concordante delle parti contraenti, nel determinare l'origine e la misura delle obbligazioni convenzionali, non è libera in modo assoluto, ma solo in modo relativo; e questa libertà morale relativa che pur si conserva nel

(36) I tre casi per Diritto romano nei quali la semplice promessa, non seguita da accettazione, *pollicitatio,* aveva l'efficacia di obbligare la persona del promittente erano i seguenti: 1) Quello in cui la promessa era intesa a costituire la dote ad una donna (Leg. 6 cod. de Dot. promiss. V, 11). 2) Quello in cui era fatta a pro del municipio con uno scopo determinato, come per conseguire un ufficio o posti onorifici (fr. 1 princ. e § 1 e 2 Dig. de pollicit. L. 12). 3) Quello finalmente in cui la promessa era fatta per causa religiosa come offerta a Dio-*votum* (fr. 2 pr. e § 1 Dig. eod. tit.).

momento in cui ha luogo la formazione del contratto, si converte, *ipso facto,* in necessità giuridica dal momento che il contratto trovasi già costituito. Ed oltre a ciò acquista essa il valore di una retta ed ordinata funzione sociale, che sarebbe causa di disordini e di perturbazioni, se non dovesse compiere regolarmente l'ufficio cui è destinata e per cui è nata riguardo anche all'organismo stesso della società in generale.

Roma, gennaio 1884.

IIII

La dottrina delle fiducie nel Codice Civile Italiano.

(Estratto dal Filangieri, dispensa di Settembre 1883)

L'egregio prof. Emanuele Gianturco, nel fascicolo 6° di questo giornale (1) si è piaciuto, *nell'interesse della dottrina e della pratica* giuridica, com' egli dice, rispondere ad un appunto da me fattogli nel n. 5 della *Rivista di Scienze giuridiche e sociali,* intorno al concetto fondamentale della fiducia, a proposito di una sua recente monografia su tale argomento. E m'invita ad aprire seco lui un' approfondita e pacata discussione, augurandosi che, nell' *interesse della scienza* io voglia tenere l'invito suo.

Lo tengo volentieri cotale invito, ma per debito di cortesia verso l'egregio Gianturco e per un giusto riguardo verso me stesso, sentendomi obbligato in coscienza a giustificare il mio *capo* di accusa una volta che l'autore, pur, secondo egli afferma, *smettendo ogni sentimento di vanità e di puntiglio,* mi chiama sempre cortesemente, ma pubblicamente a rendergliene conto. Non oso affermare che la scienza dovrà o potrà avvantaggiarsi della nostra discussione: tanto meglio se ciò dovesse accadere: i voti dell' egregio Gianturco sarebbero soddisfatti.

Il male intanto si è ch' egli, ritenendo oscuro il pensiero da

(1) *Il Filangieri.*

me fugacemente accennato in ordine alle fiducie nella recensione al suo lavoro, si è provato ad interpretarlo, ed interpretandolo, a causa sempre delle mie *parole oscure ed ambigue,* che a me viceversa sembrano chiare e determinate, è riuscito a svisarmelo in modo che io veramente non giungerei a riconoscerlo se non apprendessi da lui che trattasi appunto del mio povero pensiero. Mi studierò quindi di esprimerlo qui, tale pensiero, che mi son formato intorno al principio fondamentale della fiducia nel Codice Civile Italiano; con sufficiente larghezza e, quel che è più, colla maggiore possibile chiarezza. Ascriverò a gran fortuna se riuscirò a farmi questa volta intendere dall'egregio prof. Gianturco. Ch'egli voglia poi dividere o no la mia opinione, più che quistione di diritto civile è quistione costituzionale di libertà di pensiero che io rispetto scrupolosamente negli altri come son geloso che sia rispettata in me.

Eccomi ora ad entrare subito in argomento.

Quel che parmi certo si è che nel Codice Albertino prima e nel Codice Italiano poi siasi profondamente mutato il concetto fondamentale della *fiducia* e che questa, anzichè formalmente riconosciuta dal legislatore nei suoi principii non sia che semplicemente tollerata nelle sue conseguenze; non in quanto cioè il preteso fiduciario abbia l'obbligo preciso di adempiere i segreti incarichi ricevuti dal testatore, ma in quanto invece adempiendoli, per impulso spontaneo della sua coscienza egli esercita perfettamente il diritto di trasmettere in altri quei beni che il medesimo avea direttamente nella qualità di erede o di legatario acquistato dal testatore. La legge, in altri termini, non si occupa punto a ricercare se taluno sia o no fiduciario; ma richiede unicamente che il medesimo sia erede o legatario, per aver dritto, come tale, a raccogliere in tutto o in parte i beni del *de cujus.* La volontà di quest'ultimo uopo è si legga tutta

e solo nel testamento che è *voluntatis nostrae justa sententia.*

Quando la persona nominata nel testamento sia istituita direttamente erede o legataria, qualunque siano i termini della vocazione, il voto della legge è soddisfatto; essa acquisterà senza dubbio, la quota ereditaria o il legato, perchè tale è stata la volontà espressa del testatore. Che tale persona poi abbia ricevuto *oretenus* dal testatore medesimo dei segreti incarichi a favore di altre persone, è un fatto puramente interno di cui il legislatore non si occupa e per cui nega recisamente ogni azione semprechè l' onorato, non abbia dichiarato la fiducia ricevuta. Gli è tale dichiarazione soltanto che, comunque rappresenti il riconoscimento di una obbligazione naturale anteriore, costituisce a pro della persona dichiarata il titolo giuridico per l' acquisto dei beni e la misura dell' acquisto. Ma nessuno può essere autorizzato, sotto qualsiasi motivo, a fare la dichiarazione di beni, in pro di altri, se non è egli stesso autorizzato, per virtù del testamento, o come erede o come legatario, a far propri quei beni cui la dichiarazione si riferisce. Trattasi proprio di applicare il principio: *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet.*

Si raccoglie da ciò come qualunque traccia dell' antica fiducia trovasi completamente abolita nel Codice civile patrio. Il fiduciario non è più un semplice testimone riguardo al defunto, un semplice depositario riguardo al vero beneficato; ma, o è erede o legatario, egli stesso riguarda a tutti. Non gli basta quindi, come per diritto comune, la semplice capacità di fare da testimone, ma gli occorre invece quella di ricevere per testamento; ed essendo ritenuto dalla legge qual erede o legatario è lui che acquista immediatamente l' eredità o il legato senza che nessuno possa provare, salvo il caso d' incapaci, di essere altra la persona cui il testatore abbia voluto effettivamente beneficare.

Or sarebbe veramente assurdo e, più che assurdo, iniquo,

che la legge dovesse ritenere per erede o legatario il fiduciario, esigere in lui la capacità giuridica di ricevere per testamento ed escludere contro di lui qualunque prova; per dimostrare che il testatore abbia voluto realmente beneficare una persona diversa, se il preteso fiduciario non risultasse di fatto istituito nel testamento qual erede o legatario del testatore, e non fosse come tale intitolato ad acquistare l' eredità o il legato.

La legge non crea mica da sè nè eredi nè legatarii; li riconosce soltanto quando appaiono tali nel testamento. Quello, di cui non conosce nè vuol conoscere si è se colui che trovasi istituito erede o legatario abbia ricevuto o no segreti incarichi di coscienza: rispetta, in altri termini l' istituzione, non s' incarica della fiducia. Sbaglio grandissimo ed imperdonabile dunque sarebbe il parlare oggigiorno di fiducia e di erede fiduciario, quando non deve parlarsi che semplicemente di eredi e di legatarii istituiti tali, con qualsiasi formola di vocazione, dal testatore, e che tali appaiono indubitatamente dal testamento. La quistione della fiducia è quistione puramente subordinata all' istituzione di un erede o di un legatario; non in quanto questi siano tenuti a propalarla, ma in quanto, invece, avendo il diritto di raccogliere l' eredità o il legato hanno pure il diritto di dichiarare che i beni onde appaiono beneficati essi nel testamento debbano, per volontà *oretenus* loro confidata dal testatore, spettare ad altri. Debbono acquistare prima per poi trasmettere; e quando non sono in grado di acquistare non sono neanche in grado di trasmettere.

Sbaglio ancora più grosso ed imperdonabile sarebbe quello di voler richiamare in onore la vieta distinzione tra fiducia *propria* ed *impropria,* secondochè la fiducia risultasse chiaramente dal testamento stesso, avendo il testatore adoperato tassativamente la parola *fiduciario* od altra equivalente per denotare in modo certo ed indubitabile nella persona indicata l' organo dei suoi

estremi voleri, *nudus minister depositarius ac testis;* ovvero nessuna traccia di fiducia o ben assai lieve si scorgesse nel testamento, avendo il testatore adoperato formalmente l'espressione *erede,* in modo puro e semplice per denotare la persona del fiduciario, il quale così si paleserebbe nella veste di successore e rappresentante del defunto. Questa distinzione potè aver un valore nel diritto comune all'oggetto di rendere inutile la prova per dimostrare la qualità di fiduciario riguardo all'onorato, nel primo caso, necessaria nel secondo, salvo in entrambi a provare sempre quali fossero le persone cui il testatore avesse voluto effettivamente beneficare e quale la misura del beneficio; come potè avere anche un valore nella giurisprudenza piemontese anteriore al codice Albertino, in quanto, per evitare litigi difficili e dispendiosi, si ammise la prova nel caso della fiducia propria, poichè la medesima risultava dal testamento, si negò nel caso di fiducia impropria, poichè non trovandosi di essa nessuna traccia nel testamento, bisognava ricorrere ai testimoni, alle presunzioni e ad altri mezzi indiretti di prova per dimostrarla.

Oggi col codice civile italiano del pari che prima col codice civile Albertino la distinzione non ha valore che sott'altro aspetto: secondo cioè che la persona dichiarata nel testamento abbia in virtù del medesimo la vocazione di erede o legatario ovvero no; qualunque siano del resto i termini onde il testatore siasi servito e senza punto guardare se tali persone appaiono o no dal testamento stesso investito di un mandato di fiducia. Nel primo caso, acquistando direttamente i beni della successione, nella qualità di erede o legatario, si ha il diritto di dichiarare la fiducia in favore di altre persone relativamente soltanto ai beni acquistati, nel secondo caso mancando nella persona nominata dal testatore la qualità di erede o legatario per acquistare i beni della successione, poichè a favore di essa non si legge nel testamento

nessuna disposizione; la medesima dee ritenersi ed è nel fatto semplicemente un terzo del tutto estraneo alla successione sopra la quale non può esercitare ingerenza di sorta, salvo nella veste di esecutore testamentario per l' esecuzione delle disposizioni tassativamente scritte nel testamento.

Il sistema seguito dal legislatore italiano, improntato all' antica sapienza del diritto romano, è assai semplice e preciso in questa parte. Esso non ammette che due categorie di persone: o *eredi* e *legatarii,* o *terzi estranei* alla successione. Sono eredi quelli chiamati direttamente dal testatore a raccogliere tutto o parte delle proprie sostanze; legatarii quelli che vengono beneficati anche direttamente dal testatore a titolo particolare; sono terzi estranei, infine, quelli che non hanno nessun dritto proprio da esercitare sulla eredità, perchè il testatore non gli ha costituiti nè suoi eredi nè suoi legatarii, ma ha dato loro per avventura, qualche ingerenza unicamente ristretta all' esecuzione della sua ultima volontà.

Quando si è costituiti eredi o legatarii direttamente dal testatore, la legge non guarda oltre; che abbiano o no degl' incarichi e delle istruzioni di coscienza è per lei indifferente: tanto considera gli eredi e i legatarii apparenti alla pari degli eredi e legatarii effettivi. Sono essi i legittimi e diretti rappresentanti del defunto. Alla legge non preme indagare quale sia l' uso che debbono fare delle sostanze ricevute: vieta, anzi, l' azione per provare che, le disposizioni fatte in favore della persone dichiarata nel testamento siano soltanto apparenti e che realmente riguardino altra persona, non ostante qualunque espressione del testamento che la indicasse o potesse farla presumere. L' erede apparente vale, per la legge, l' erede vero; ed ha dritto di far sue le sostanze trasmessegli dal testatore. Che abbia istruzioni *oretenus* o no, la legge non indaga: sta nella sua coscienza se

intende adempiere le istruzioni confidategli dal testatore. La fiducia quindi è un fatto puramente interno abbandonato alla coscienza dell' erede istituito; purchè questo erede sia sempre istituito, appaia tale, e tale di fatti sia stato voluto dal testatore.

Ma se il testatore non fa nessuna istituzione di erede, non attribuisce nessuna rappresentanza nè conferisce alla persona nominata nel testamento alcun dritto proprio sulla successione, o riguardo al tutto o riguardo a una parte soltanto, o riguardo alla disposizione o riguardo al godimento; in tal caso siffatta persona non ha nè può vantare alcun dritto proprio sulla successione, col pretesto di avere ricevuto degl' incarichi e delle istruzioni segrete dal testatore, essendo essa completamente estrenea alla successione.

Poco monta che il testatore stesso dichiari nel testamento di avere confidato i suoi estremi voleri per la designazione dell' erede e la nomina dei legatarii alla persona da lui indicata. Perchè questa o è erede e raccoglierà essa direttamente la successione, salvo in lei l' obbligo di coscienza per adempiere le istruzioni ricevute; o non è erede, e allora non potrà avanzare nessuna pretesa nè esercitare nessuna ingerenza, sotto qualunque pretesto, verso la successione.

Mancando l' erede scritto avviene precisamente questo. Da una parte la persona nominata nel testamento, in favore della quale il testatore non ha disposto nè a titolo universale nè a titolo particolare, è un terzo estraneo alla successione, che, nulla avendo acquistato, nulla può trasmettere; d' altro canto la persona in favore della quale avrebbe inteso disporre efficacemente il *de cujus* sia a titolo universale sia a titolo particolare, non si legge mica nel testamento che, come *voluntatis nostrae sententia* dee contenere tutta e solo la volontà del testatore.

Se questo è vero non può essere che certamente inesatto il

concetto opposto manifestato dall' egregio Gianturco nel suo lavoro sulle *Fiducie (Parte seconda,* cap. I, pag. 37) quando, dopo aver allegato qual' esempio di fiducia valida il seguente: « *istituisco mio erede colui che ho segretamente indicato a Sempronio, il quale avrà cura di trasmettergli i miei beni* » soggiunge immediatamente: « Queste ed altre simili espressioni « dimostrano che vi è una fiducia; ma appunto perciò *non in-« dicano il vero erede,* il cui nome è noto solo al fiduciario. E « se questi non può essere costretto a fare la dichiarazione di « fiducia, agli *eredi veri e legittimi* non è lecito di farne la « prova in giudizio, non ostante qualunque espressione che ne « dimostri apertamente l' esistenza ».

Si scorge da ciò come sia profondamente diverso il concetto che ho io intorno alle fiducie nel codice civile italiano da quello dell' egregio Gianturco, e come la differenza, anzichè riguardare una semplice accidentalità, tocca l' essenza stessa di questo istituto, poichè trattasi di definire cosa sia *erede fiduciario* nel dritto patrio e quale *fiduciario* possa essere autorizzato o a far sua la successione non propalando la fiducia, o rimetterla al vero erede col dichiararla. L' inesattezza non istà semplicemente nell' esempio ma nel principio stesso fondamentale sul quale l' esempio è modellato e ne è la conseguenza; tanto più che questo é l' unico esempio di fiducia riportato dall' autore nella sua monografia (2).

(2) Sembra che l' egregio prof. Gianturco, in seguito alle osservazioni da me fattegli, riflettendo meglio sopra la dottrina da lui precedentemente professata abbia voluto modificarla. Difatti egli scrive nel fascicolo sesto di questo giornale pag. 263. « Forse al Cimbali « è parso, che nell' esempio da me addotto non ci fosse la *chiamata « diretta in favore del fiduciario* Sempronio e che mancassero, quindi, « così l' istituzione fiduciaria come la reale. La formola *più corretta* « dovrebbe essere questa: ISTITUISCO EREDE SEMPRONIO COL-« L' INCARICO DI TRASMETTERE I MIEI BENI ALLA PERSONA

Quando manca l'istituzione di erede o di legatario a favore della persona nominata nel testamento, questa, comunque ed in qualsiasi modo il testatore dica espressamente di avere confidato alla medesima i suoi estremi voleri circa la disposizione dei propri beni, come terzo estraneo alla successione sulla quale non ha nessun dritto proprio da sperimentare, nè può acquistare i beni ereditari, tacendo, nè conferirli ai pretesi eredi e legatarii, segretamente confidatigli dal testatore, parlando. Tali disposizioni che non si leggono nel testamento, sono dichiarate formalmente nulle dalla legge (art. 830 cod. civ. ital.), perchè fatte a favore di persone incerte in modo da non poter essere determinate. E l'incertezza riguarda così la persona del beneficato come la misura del beneficio, una volta che al dire di Bartolo (Ripetizione alla Leg. *Theopompus de dot. praeleg.)*, tanto l'una quanto l'altra sono state confidate al terzo perchè *velut arcanum in scrinio pectoris conservet;* nè si ha guarentigia di sorta contro l'arbitrio del terzo per determinare quali veramente siano state le intenzioni del testatore.

Nel diritto comune essendo sempre il fiduciario un semplice depositario e testimone del defunto ed essendo sempre ammessa contro di lui, si trattasse di fiducia propria o impropria, la prova per dimostrare l'esistenza della fiducia, ne veniva la conseguenza che non era d'uopo nel medesimo il nome e la qualità di erede o legatario, potendo bastare unicamente quella di terzo estraneo perchè in ogni caso era obbligato, anche sotto la santità del giuramento, a manifestare la fiducia ricevuta. Nel diritto italiano invece (art. 829 cod. civ.) il fiduciario ha la facoltà di far de-

« CHE GLI HO SEGRETAMENTE INDICATO: qui vi è la vocazione « in favore di Sempronio che manca, invece, ove si dica: *Istituisco « mio erede colui che ho segretamente indicato a Sempromio, il quale « avrà cura di trasmettergli i miei beni »*.

volvere in pro di altre persone i beni della successione col dichiarare la fiducia commessagli o di ritenerli per sè, non dichiarandola, senza che nessuno sia autorizzato a dimostrarla con qualsiasi mezzo di prova. Ma per poter il fiduciario ritenere i beni della successione occorre che abbia dovuto prima acquistarli. E poichè tale acquisto non può aver luogo altrimenti se non mediante la qualità di erede o di legatario conferitagli dal testatore si porge inesorabile la necessità che debbano esistere nel testamento delle disposizioni in di lui favore sia a titolo universale sia a titolo particolare. Solo in tal modo può vantarsi dal preteso fiduciario un dritto proprio nella successione che l'autorizzi a far suoi i beni trasmessigli tacendo la fiducia, o a conferirli in altri manifestandola.

Ciò risulta, nella maniera più certa ed inconcussa, irrefragabilmente dal testo stesso della legge: è quistione di semplice lettura.

« Non è ammessa, dice l'art. 829, alcuna prova che le « *disposizioni fatte in favore* di persona dichiarata nel testa- « mento siano soltanto apparenti, e che realmente riguardino altra « persona; non ostante qualunque espressione del testamento che « la indicasse o potesse farla presumere ».

Non occorre sforzo alcuno di mente, nè illustrazione di sorta per comprenderne il significato, essendo di una chiarezza inarrivabile il testo della legge. Essa richiede formalmente che vi siano delle *disposizioni in favore della persona dichiarata nel testamento.* Ora le disposizioni testamentarie in favore di una data persona, secondochè siano fatte a titolo universale o particolare, costituiscono la *istituzione di erede o legatario.* Ciò per testo esplicito della legge (3). E che tale, senza dubbio, sia la

(3) (Art. 827, Cod. civ.) « Le *disposizioni testamentarie* si pos- « sono fare a titolo d'istituzione di erede o di legato, o sotto qual- « siasi altra denominazione atta a manifestare la volontà del testatore ».

volontà del legislatore ne porge solenne conferma il capoverso dello stesso art. 829, dove si soggiunge: « Ciò non si applica « al caso che l' *istituzione* o il *legato* vengano impugnati come « fatti per interposta persona, a favore d' incapaci ».

A parte i motivi che giustificano siffatta eccezione in ordine agli incapaci, e il valore giuridico della medesima, sono assai chiari ed espliciti i termini onde si esprime il legislatore per la quistione che ci riguarda. Esso riconosce formalmente la necessità che vi sia l' *istituzione di erede* od il *legato* a favore del terzo nominato dal testamento che serve d' interposta persona relativamente all' incapace, perchè possa avere luogo l' impugnazione da parte delle persone interessate.

Nel corrispondente articolo 809 del Codice albertino, il quale, salvo qualche lieve variazione di forma, venne integralmente riprodotto dall' art. 829 del Cod. civ. italiano, si adopera testualmente l' espressione *istituzione di erede* o *legato* riguardo al preteso fiduciario. Son questi precisamente infatti i termini di esso:

« Non è ammessa alcuna prova che l' INSTITUZIONE O IL « LEGATO fatto in favore di persona dichiarata nel testamento « non lo sia che in apparenza ma che realmente lo sia in favore « di altra persona, corpo od opera nel medesimo taciuta, e ciò « non ostante qualunque espressione del testamento che lo indi- « casse o potesse farlo presumere.

Il legislatore italiano all' espressione: ISTITUZIONE DI EREDE O LEGATO *in favore di persona dichiarata nel testamento,* sostituisce: DISPOSIZIONI *fatte in favore* di persona dichiarata nel testamento. La differenza è unicamente di parole: la sostanza del concetto è sempre la stessa; sia perchè le disposizioni testamentarie a titolo universale o particolare costituiscono *istituzione di erede* o *legati* (art. 827, 828); sia perchè l' art. 829 trovasi

nel § 1 della sezione 5 che ha per titolo — DELLA ISTITUZIONE DI EREDE E DEI LEGATI.

I lavori preparatorii del Codice albertino servono a suggellare mirabilmente, se pur di suggello vi sia d'uopo dinanzi al testo esplicito e solenne del legislatore, questo concetto già di per sè elementarissimo e pienamente conforme alle mutate tendenze delle discipline giuridiche. Da essi risulta, con evidenza palpabile, come abbia potuto esservi discordanza tra coloro che vi presero parte intorno al se convenisse abolire completamente, come per diritto francese, o riconoscere completamente, come per diritto comune, l'istituto della fiducia, ovvero tollerare semplicemente abbandonandosi alla coscienza della persona onorata l'esecuzione della medesima; intorno agli obblighi del fiduciario, e all'efficacia della dichiarazione di fiducia così riguardo al tempo come riguardo alle persone interessate: ma si fu del tutto di accordo nel ritenere che solo allora può parlarsi di fiducia quando esiste nel testamento a favore del preteso fiduciario l'istituzione di erede o il legato (4).

Nè può mica dirsi che a tale concetto sia mancato il suffragio della dottrina. Essa, senza dubbio, ha potuto mostrarsi assai scarsa nel trattare l'argomento delle fiducie; ed in ciò convengo coll'egregio Gianturco; ma in quelle poche nozioni che ci offre trovasi nettamente scolpito il pensiero fissato dal legislatore odierno.

Scrive in proposito il Borsari:

« Le discussioni che precedettero in Piemonte l'adozione
« dell'art. 809, colla luce che riflettono anche sul nostro art.
« 829, che n'è figlio, ci additano chiaramente, che, con questo
« modo di elocuzione si è voluto *finirla* colla teorica della

(4) (Motivi del Codice per gli Stati sardi, vol. II, pag. 125 a 132).

« fiducia tanto comune ne' paesi ove regnò il dritto Romano; « ma che già in Piemonte avea cominciato a *dar volta* in « modo sensibilissimo ». E poco appresso soggiunge: Che il « legislatore sardo avesse principalmente in mira l' ABOLIZIONE « DELLE FIDUCIE, si rileva anche dalle relazioni parlamentari « di quell' epoca, come si è notato. Il dettato nondimeno (ri- « prodotto nel nostro articolo 829) è più ampio e comprensivo; « pone la esteriore apparenza dell' atto sulla base ferma della « realtà, che fa una presunzione legale, rimuovendo ogni ar- « gomento da produrre in contrario. La legge si pone sul « fermo e rigetta ogni prova di tal genere. Tutto ciò che si « prendesse fuori del testamento, da atti, memorie e dichiara- « zioni del testatore all' oggetto di surrogare la persona di A a « quella di B che figura suo erede, allegando ben anco i motivi « per cui ha dovuto venire a quella nomina apparente, tutto ciò « sarebbe supremamente inutile; il testamento, che ha fatto è il « vero tastamento, e L' EREDE CHE HA ISTITUITO È IL VERO « EREDE (5) ».

Il Pacifici-Mazzoni, dopo aver riportato il testo dell' art. 829 con cui si vieta la prova per dimostrare che le disposizioni fatte a favore della persona dichiarata nel testamento siano apparenti, soggiunge:

« Questo divieto è inteso ad *impedire le disposizioni fidu-* « *ciarie* che l' uso avea introdotte; ed è inteso ad impedirle, « a fin di chiudere per sempre l' adito alle liti intricate e spesso « anche scandalose che provocarono. Benchè la espressione te- « stuale si riferisca alla prova, nondimeno è manifesto che dalla « legge è negata ogni azione per costringere l' *erede* e il *lega-*

---

(5) *Commentario*, vol. III, § 1778, pag. 489-490.

« *tario* nominali o fiduciari a dichiarare la volontà loro affidata « dal testatore ».

Passando poi a parlare dei casi in cui vi siano nel testamento medesimo espressioni tali che indichino o facciano presumere come il testatore abbia voluto effettivamente gratificare persone diverse da quelle indicate nel testamento, allega i seguenti esempii dai quali risulta come l'egregio scrittore abbia compreso e messo bene in rilievo il concetto legislativo: « *Confido* CHE L'EREDE *farà dei beni quell' uso che gli ho indicato* — LASCIO *la mia* EREDITÀ *a Cajo, che conosce i miei estremi voleri* (6).

Quel che poi serve a mettere il suggello a siffatto concetto si è che l'illustre Precerutti, citato dal Gianturco medesimo nel bel principio della sua monografia, definisce lucidamente disposizioni fiduciarie quelle « con cui taluno viene *istituito erede* « o *nominato legatario* col segreto accordo ch' egli debba essere « semplice amministratore e depositario dell' eredità o del legato « fino al giorno indicatogli dal testatore, per la restituzione da « farne al vero erede o legatario » (7).

Ed è bene, per far rilevare come sia completo fra gli scrittori nostri lo accordo su tale materia, citare anche le seguenti parole del Ricci:

« Ma se la qualità di erede o legatario fiduciario risultasse « apertamente dallo stesso testamento in cui il testatore a mo' « d' esempio, avesse detto: *istituisco mio* EREDE *fiduciario Tizio,* « *essendo sicuro che esso eseguirà perfettamente la mia vo-* « *lontà, a lui manifestata,* dovrebbe anche in questo caso ri- « tenersi valida l' istituzione?

« Non esitiamo a rispondere per l' affermativa. Ce ne con-

(6) PACIFICI-MAZZONI. Commento alle *Successioni*, vol. III, n. 102, pag. 195 e 196. Si vegga pure a n. 103, pag. 199.

(7) PRECERUTTI, *Elementi di Diritto Civile patrio,* § 619, pag. 98.

« vincono anzitutto le espressioni stesse dell' articolo che esami-
« niamo. Qui si legge infatti che non è ammessa alcuna prova
« per dimostrare la istituzione fiduciaria, neppur nel caso in cui
« qualche espressione nel testamento indicasse siffatta fiducia;
« dunque le parole e le frasi del testatore che accennino ad una
« istituzione fiduciaria, non hanno valore di sorta; conseguente-
« mente, ad onta di qualsiasi espressione del testatore, l' *istitu-
« zione* agli occhi della legge è sempre *una istituzione* vera,
« non apparente, e deve quindi spiegare gli effetti giuridici di
« che è capace. Il che vuol dire che l' EREDE o il LEGATARIO
« NOMITATO NEL TESTAMENTO è libero d' impiegare i beni nell' uso
« conforme alla volontà del testatore a lui manifestata, ma nes-
« suno ve lo può costringere giudizialmente, ed esso di fronte alla
« legge, di fronte a tutti è vero erede o vero legatario » (8).

Ai dettati della dottrina fanno pieno riscontro i responsi, non meno concordi, della giurisprudenza. Giova qui trascrivere taluni brani della magistrale sentenza pronunziata dalla Corte Suprema di Milano il 31 maggio 1861 nella causa Figari-Sanfront-Rempicci, citata dallo stesso Gianturco nella sua monografia.

« Attesochè il patrio legislatore a fronte di questi due di-
« versi sistemi, respinse tanto l' idea di proscrivere affatto le
« fiducie, quanto quella di mantenerle secondo le teoriche del-
« l' antica giurisprudenza; respinse la prima sul riflesso che la
« libertà di disporre per testamento (degna di tutto il favore)
« debbe arrivare sino al punto di poter coprire col nome ap-
« parente di EREDE una persona alla cui buona fede sia poi
« lasciato o di distribuire i beni ereditarii in quegli usi che
« furongli dal testatore designati, o di rimetterli a quelli che il

(8) RICCI, *Corso teorico pratico di dritto civile,* vol. III, n. 309, pagina 398.

« testatore stesso, confidenzialmente gli indicò; respinse la seconda « in ragione de' gravissimi inconvenienti che avevano per l' ad- « dietro rese invise e pericolose le fiducie.

« Volle bensì escludere l' inconveniente di lasciare il fiduciario « esposto a liti pella propalazione della fiducia e prevenire a un « tempo il pericolo che la libertà di disporre venisse usata a « disegno di frode contro la legge per far pervenire l' eredità « ad un incapace, ma non volle andar più oltre;

« Che partendo da questa base, la nuova legge stabilì che « se per una parte non è lecito di domandare la prova della « fiducia, d' altro lato nulla osta alla efficacia di una dichiara- « zione di fiducia spontaneamente fatta, che tuttavolta il testatore « spiega la intenzione di respingere l' erede legittimo col *disporre* « *egli stesso delle proprie sostanze,* tuttavolta havvi un' *isti-* « *tuzióne di erede* quand' anche solo apparente e diretta a co- « prire le occulte intenzioni del testatore, l' erede legittimo non « può essere ascoltato, la *volontà espressa nel testamento* debbe « essere rispettata, la VOCAZIONE NOMINALE debbe senz' altro « esser mantenuta, abbandonando alla coscienza di chi fu ono- « rato della fiducia l' adempimento del segreto volere del testatore, « e lasciando che pesi su quest' ultimo la responsabilità dell' a- « dempimento della volontà taciuta nel testamento;

« Attesochè, ciò stante, riesce evidente come nel concetto « de' compilatori del cod. civ. prevalesse l' idea propugnata dal « Guardasigilli di non bandire totalmente le fiducie, nè ammet- « terle proscrivendo le istituzioni fiduciarie ne' rapporti dell' *e-* « *rede fiduciario* colla persona che si crede contemplata nel « testamento o coll' erede legittimo, in quanto questi ultimi non « possono essere ammessi a fornire la prova o per far dichia- « rare la instituzione eseguibile a suo vantaggio quanto al primo, « o per farla dichiarar nulla quanto al secondo, e mantenendo

« per contro le fiducie nel senso che la INSTITUZIONE spiegar
« debba il suo effetto, come se fosse PURA e SEMPLICE *a pro di*
« *quegli a cui favore* FU FATTA, il quale, conseguentemente,
« diventa vero erede, riunendo ai proprii i beni ereditarii, senza
« che perciò impedisca che egli possa volendo, disporne a pro
« ed a contemplazione di coloro in di cui favore rimette la fi-
« ducia, perchè lo faccia nelle forme legali quanto all' estrinseco
« e senza nocumento di chi vantasse dritti sui di lui beni quanto
« all' intrinseco.

« . . . . . Il caso a cui accenna l' art. 807 nulla ha che
« fare con quello contemplato nell' art. 809, mentre tuttavolta
« il testatore ha *nominato nel testamento il suo* EREDE, dichia-
« randolo però erede di fiducia, e per dare adempimento a vo-
« lontà già manifestategli, quand' anche o si possa credere ovvero
« risulti stabilito che l' erede designato non sia che erede no-
« minale, sussiste pur sempre che il *testatore* INSTITUÌ UN RAP-
« PRESENTANTE LEGALE ALLA SUA EREDITÀ, che questa non fu
« VACANTE, e che, se il fiduciario ha l' obbligo di coscienza, di
« mettere altri in sua vece, egli è però giuridicamente vero
« erede ed è investito del gius ereditario;

« La distinzione tra il caso della nomina conferita all' *ar-*
« *bitrio di un terzo non istituito erede,* ed il caso dell' EREDITÀ
« LASCIATA AD UNO col carico di adempiere alle segrete volontà
« del testatore, non è nuova nella giurisprudenza italiana » (9).

Nè sono meno degne di nota le seguenti considerazioni della Cassazione di Torino nel suo pronunziato del 4 dicembre 1867, causa *Alleori-Alleori.*

« Per quanto concerne la istituzione *con fiducia propria,*
« così essa si esprime, il legislatore riconobbe i grandissimi in-

(9) BETTINI, *Giurisprudenza* vol. XIII, an. 1862, col. 596 e seg.

« convenienti delle istituzioni fiduciarie che danno sempre luogo
« a lite, lasciano in sospeso la trasmissione de' beni ed aprono
« una troppa facile via di far frode ai creditori; ma nel tempo
« stesso non gli parve conforme ai precetti di morale che la
« legge ne ammettesse in certo modo lo ineseguimento per parte
« del fiduciario, e cancellare così quell' obbligazione naturale che
« sorge dalla promessa che l' EREDE fa al testatore di eseguire
« la sua volontà; quindi respinse il sistema dell' antica legisla-
« zione, che in tema di fiducia propria manteneva la fiducia in
« quanto riguardava il fiduciario come un semplice *ministro*
« della volontà del testatore, e dava azione al terzo che repu-
« tavasi vero erede per far dichiarare la fiducia, perchè vide
« che il permettere s' istituisse un giudizio sull' incarico dato dal
« testatore apriva una fonte di litigi, ma respinse parimente il
« sistema della legge francese che avea abolite e invalidate le
« fiducie, perchè ritenne che il dichiarare nulla un' ISTITUZIONE,
« perciò solo che è accompagnata da fiducia, toglieva quell' ob-
« bligazione naturale, da cui niuna legge civile può assolvere
« l' EREDE; che posto fra due principii così assoluti come erano
« quelli proclamati dall' antica giurisprudenza patria e da quella
« di Francia, il Codice albertino tenne una via di mezzo, e spin-
« gendo la libertà di disporre per testamento fino al punto di
« poter coprire col nome apparente di EREDE, quello alla cui
« fiducia il testatore lasciò di trasmettere i beni al vero erede
« da esso prescelto, nell' art. 809 (conforme all' art. 829 del Cod.
« patrio), stabilì che non è lecito domandare la prova della fiducia,
« ma che nulla osta agli effetti di una dichiarazione spontanea-
« mente fatta, che non debbe però divenire mai un mezzo d' in-
« gannare altrui. Che ben si scorge pertanto, come nel sistema
« del Codice del 1838 le fiducie non sono state, nè totalmente
« bandite, nè totalmente ammesse. La fiducia fu proscritta ne'

« rapporti dell' erede fiduciario colla persona che si crede con-
« templata nel testamento o coll' erede legittimo, in quanto que-
« st' ultimo non può essere ammesso a fornir la prova o per far
« dichiarare la *istituzione* eseguibile a vantaggio del primo
« o per farla dichiarar nulla nell' interesse del secondo; per
« contro la fiducia fu mantenuta nel senso che la *istituzione*
« debba spiegare il suo effetto a pro di quegli a cui favore fu
« fatta, il quale di conseguenza diventa vero erede (10) ».

Nello stesso senso si sono pronunziate la Corte di appello di Brescia, 23 Novembre 1871, Lanzeni-Ferrario (11); la Corte di appello di Napoli, 9 dicembre 1872, Montefusco-Pisano (12); e 16 maggio 1873 (13); la Cassazione di Napoli, 8 gennaio 1873, Losteria-Gagliano (14); la Cassazione di Torino, 14 luglio 1875, Dasso-Rossi (15); la Cassazione di Firenze, 23 marzo 1876, Codibò-Bini (16).

Tanto il testo esplicito della legge, quanto i motivi di essa, tanto gl' insegnamenti della dottrina, quanto i responsi della giurisprudenza si accordano mirabilmente adunque tutti nell' ammettere che solo allora è possibile parlare di fiducia quando trovasi l' *istituzione di erede* o la *nomina di legatario* nel *testamento* e che l' *erede istituito* e il *legatario nominato* nel testamento, come hanno il dritto, per virtù di tale qualità, di far propri i beni loro lasciati dal testatore, così debbono avere ugualmente quello

(10) *Annali di giurisprudenza.* Par. I, sez. 1, pag. 415 e seg. an. 1866-67, vol. 1.
(11) *Annali.* Par. II, pag. 233 e seg. an. 1873, vol VI.
(12) *Legge,* vol XIII, an. 1873, pag. 517 e seg.
(13) Bettini, *Giusisprudenza Ital.* an. 1873, vol. XXV Par. 2 col. 385.
(14) *Annali,* vol. VII, an. 1873. Par. I, pag. 194.
(15) *Annali,* vol. IX, an. 1875, Par. I. sez. 1. pag. 484.
(16) Bettini, *Giurisprudenza Ital.* an. 1876, vol. XXVIII, Par. I, sez. I, col. 370.

di rivelare la fiducia a pro delle persone loro segretamente dal medesimo indicate per essere beneficate.

La legge vieta la prova per dimostrare che le disposizioni fatte in favore di persone dichiarate nel testamento siano soltanto apparenti e che realmente riguardino altra persona. Occorre quindi che vi siano nel testamento delle disposizioni, sia a titolo universale sia a titolo particolare a favore della persona in esso dichiarata: in altri termini che si legga nel medesimo l'istituzione di erede o la nomina di legatario. Sarà un erede o un legatario apparente quello che si legge nel testamento in quanto il testatore, anzichè beneficare lui, intese beneficare un'altra persona per mezzo di lui, o che questa sia taciuta completamente, o che sia anche indicata e fatta presumere; ma per erede istituito o legatario nominato direttamente dal testatore è mestieri si palesi.

Solo così può spiegarsi che la legge dichiara inammissibile la prova per dimostrare di essere apparenti e non mica reali le disposizoni scritte a favore della persona dichiarata nel testamento. Essa si arresta dinanzi all'apparenza che suol esser, d'ordinario, guarentigia della realità per prevenire appunto indagini scandalose e litigi indefiniti, assolutamente inevitabili se dovesse attingersi la volontà effettiva del testatore a sorgenti diverse da quella del testamento che, avuto riguardo alle solennità ond'è circondato, dee considerarsi come la sola, diretta, sincera e reale manifestazione della volontà del testatore. Tanto la legge provvida ha richiesto sempre come condizione *sine qua non*, per darsi luogo al disposto dell'art. 829, che vi sia sempre nel testamento l'*istituzione* di un *erede* o la nomina di un legatario. Peggio pel testatore, se nella persona designata erede o legataria nel testamento per servire di organo fidato dei suoi occulti voleri non abbia trovato chi sapesse veramente corrispondere alla di lui fiducia. Il divieto della legge per provare che la persona

designata nel testamento non sia l' erede o legatario vero del testatore, rende da una parte assai raro l' uso delle fiducie, e dall' altra ne' casi rarissimi in cui è usata serve a rendere estremamente accorti i testatori quanto alla scelta dei fiduciarii, perchè questi posti tra il dovere e il guadagno, non preferiscano questo a quello, sapendo di andare impunito il loro atto, per quanto immorale altrettanto legale. Certo però che essi appajono gli eredi o i legatarii direttamente istituiti dal testatore, e come tali hanno nel testamento il titolo per acquistare i beni loro lasciati.

Se così non fosse, ne deriverebbero delle conseguenze, oltrechè profondamente assurde, estremamente inique. La successione non si aprirebbe nè in favore degli eredi legittimi, riguardo ai quali milita sempre la volontà presunta del *de cujus;* nè dell' erede vero riguardo al quale vi ha la volontà da lui segretamente manifestata alla persona di sua confidenza; ma a favore di un terzo estraneo alla medesima, il quale, nè come erede legittimo nè come testamentario, ha dritto di raccoglierla, sia perchè mancano in lui i vincoli di parentela, sia perchè a favor suo il testatore non intese mica disporre. Siffatto erede allora verrebbe creato dalla legge con flagrante arbitrio e ingiustizia; e questo non è nelle sue facoltà se non vuol diventare apertamente tirannica.

Essa dee invece scrupolosamente rispettare la volontà presunta o la volontà dichiarata dell' uomo, facendo devolvere la successione agli eredi legittimi, quando il defunto non ha disposto dei suoi beni per testamento, e agli eredi testamentarii quando ne ha direttamente disposto. E la legge osservante ha spinto il suo rispetto verso l' estrema volontà dei trapassati fino al punto d' inchinarsi dinanzi a qualunque legittima manifestazione di essa purchè regolarmente consacrata nelle tavole testamentarie, senza mica indagare se le disposizioni di beni che in esse si leggono

siano vere o soltanto apparenti, tali cioè da coprire una fiducia. Certo che il testatore ha disposto dei suoi beni a favore di persone scritte nel testamento, mostrando con ciò la volontà di escludere i prossimi congiunti e la legge sanziona colla sua autorità tali disposizioni escludendo nel fatto della successione gli eredi legittimi di fronte agli eredi testamentarii. Fa prevalere la volontà espressa del defunto alla volontà semplicemente presunta di esso: mantiene la vocazione nominale senza punto incaricarsi se essa sia o no reale; e se l' erede istituito nel testamento intenda o no adempiere gl' incarichi segreti ricevuti dal testatore, che la legge ignora e dei quali non vuole occuparsi.

Quel che la legge vieta assolutamente (art. 830, 831) si è che nessuno, il quale non abbia vocazione di sorta o come erede o come legatario nel testamento, possa spiegare pretese ed esercitare ingerenza qualsiasi sopra la successione di fronte alla quale egli è un terzo perfettamente estraneo. Si correrebbe allora il rischio che, lungi dal vedersi scrupolosamente osservati, sarebbero invece apertamente violati i supremi voleri del defunto, i quali non essendo consacrati nel testamento si troverebbero puramente affidati all' arbitrio del terzo, contro il quale non havvi guarentigia efficace una volta che segreto sarebbe il mandato commessogli dal testatore. Tanto vale il dire nel testamento di avere confidato al terzo in esso nominato la persona dell' erede o del legatario, quanto il commettere puramente alla volontà del medesimo la designazione dell' erede o del legatario; perchè, o che manchi la prova per conoscere quale effettivamente sia stata l' occulta volontà del testatore, o che questa egli abbia interamente abdicata in pro del terzo; si ha in entrambi i casi che la nomina dell' erede o del legatario verrebbe a dipendere sempre dall' arbitrio del terzo — *voluntas in alterius arbitrium collata.*

Il sistema seguito dal nostro legislatore invece è assai sem-

plice e razionale. Se il defunto ha istituito egli nel testamento l'erede o nominato il legatario, la legge si acquieta, nè guarda oltre per cercare se tali vocazioni nascondono fiducia, una volta che il testatore ha disposto direttamente ed espressamente dei propri beni. Ma se al contrario manca nel testamento l'istituzione diretta di erede e di legatario; ed è una terza persona, designata nel testamento, che deve farla od alla quale è stata segretamente confidata, non avendo nel primo caso il testatore disposto direttamente dei propri beni, nè conoscendosi nel secondo quali siano state le sue segrete disposizioni, e lasciandosi in entrambi larga parte all'arbitrio del terzo, vien dichiarata nulla la pretesa istituzione.

La conclusione adunque di tutto quanto è stato sopra svolto e considerato è questa. O si trova nel testamento in termini chiari ed espressi, qualunque del resto essi siano, la vocazione di erede o di legatario, per guisachè non si ha d'uopo ricorrere ad altri mezzi di prova per costatare quale effettivamente sia la volontà del testatore circa la disposizione dei propri beni — e si dà luogo alla successione testata. L'erede e il legatario si leggono nel testamento: essi quindi per virtù del medesimo, hanno dritto di acquistare la successione, ed è abbandonato alla loro coscienza se intendono o no adempiere i segreti incarichi per avventura ricevuti dal testatore, comunque a questi si accenni nel testamento medesimo (art. 829).

Ovvero non si legge nel testamento il nome dell'erede e del legatario, sia che il testatore abbia abdicato ad altri la facoltà di disporre per lui, sia che abbia dichiarato segretamente ad altri la persona dell'erede e del legatario, pur nominando nel testamento la persona che debba fare la disposizione dei beni o rivelare le occulte disposizioni in favore di persone non nominate in esso, ma raccomandate *oretenus* dal testatore medesimo.

Tanto nell' uno quanto nell' altro caso non si ha istituzione valida: nell' uno, perchè la nomina dell' erede e del legatario deve farsi dal terzo (art. 831); nel secondo perchè incerta in modo da non poter essere determinata è così la persona del beneficato come la misura del benefizio (art. 830); in entrambi perchè dipende puramente dall' arbitrio del terzo che siano o no bene interpetrati o bene eseguiti gli occulti voleri del testatore; e contro di esso non vi ha nessuna guarentigia efficace di dritto.

É questo, nel suo complesso, il sistema seguito, sulle tracce del subalpino, dal legislatore italiano, in ordine alla fiducia. Esso se non è interamente razionale, ha per lo meno, il pregio della semplicità, se non serve ad evitare tutti i litigi è tale senza dubbio, da prevenirne, rendendolo impossibile, il maggior numero, lo che non è piccolo vantaggio. A me basta, se pur ci sono riuscito, di averlo messo in rilievo nel suo principio. Delle conseguenze che ne derivano così in ordine alla dichiarazione della fiducia, come in ordine all' efficacia giuridica della medesima, tanto riguardo al tempo, quanto riguardo alle persone interessate, non mi occupo punto, perchè sentirei di sorpassare i limiti propostimi in questo scritto. Su di esse del resto sono per la maggior parte, complementamente di accordo col mio amico e collega Gianturco, alle cui gentili provocazioni tale lavoro deve la sua origine.

S' egli sarà d' accordo con me sul principio, come io lo sono con lui sulle conseguenze, tanto meglio: e se no, conserveremo ciascuno la propria opinione.

Dichiaro però con questo, chiusa da parte mia la polemica, la quale mi auguro almeno, poichè ci è stata, che non sia riuscita addirittura inutile.

IV

Il Testamento è contratto?

(Estratto dal Filangieri, dispensa di Giugno 1884)

L' idea primitiva di uguagliare il testamento, per averne comuni gli elementi sostanziali, a qualunque altra maniera di *alienazione,* si trova in Ugone Grozio (1). Ma da una parte egli si guarda benissimo dall' attribuirgli formalmente il nome e la qualità di contratto, mentre dall' altra il suo annotatore, Enrico Cocceo, per dissipare qualunque ombra di dubbio potesse sorgere dalle parole del Grozio, adopera sforzi supremi per rivendicare al testamento la natura di *atto* assolutamente unilaterale, quantunque poi si trovi costretto a confessare che il testamento non può produrre l' effetto di trasferire l' eredità senza l' accettazione dell' erede (2).

---

(1) « Illud quod sciendum est cum de alienatione agimus sub eo genere nobis etiam testamentum comprehendi.

« Quamquam enim testamentum ut actus alii formam certam accipere possit a jure civili, ipsa tamen ejus substantia cognata est dominio, et eo dato juris naturalis.

« Possum enim rem meam alienare non puro modo, sed et sub conditione; vel tantum irrevocabiliter, sed et revocabiliter atque etiam retenta interim possessione et plenissime fruendi jure. Alienatio autem in mortis eventum, ante eum revocabilis, retento interim jure possidendi ac fruendi est testamentum » (Grozio, *de jure belli et pacis,* vol. II, libr. 2°, capitolo 6°, num. 14).

(2) « Testamentum est actus solius testantis de haereditate transferenda in alium qui post mortem testatoris eam acceptet... Hinc differt a dispositionibus inter vivos, ubi requiritur consensus duorum; nemo

Eppure nella volontà del testatore che si esplica mediante il testamento, e nella volontà dell'erede che si esplica mediante l'accettazione, starebbero incontestabilmente i termini essenziali del contratto. Ma questa parola, in ordine al testamento, suona come un'offesa ed una profanazione da cui sogliono rifuggire anche gli spiriti più forti ed elevati; come se ciò dovesse togliere al testamento la legittimità delle funzioni che è chiamato a compiere nel giro dei rapporti civili. In altro mio lavoro (3) tolsi a trattare ampiamente siffatto tema, dimostrando con argomenti, a mio credere, invincibili, come il testamento, avendone tutti i requisiti fondamentali, debba ritenersi un vero e proprio contratto. Tale opinione incontrò viva opposizione in taluno (4), benevola riserva in parecchi (5), pieno favore in tal'altro (6).

Più ci ho pensato e più forte si è radicata nell'animo mio l'idea che il testamento accettato, possedendo irrefragabilmente tutti gli elementi costitutivi del contratto, debba entrare anch'esso nella famiglia dei contratti, e sottostare alle stesse leggi, per

---

enim vendere potest nisi alter emat: nemo tradere nisi alter acceptet. Essentia vero testamenti in dispositione unius consistit; definitur enim justa voluntatis nostrae (idest solius testatoris) sententia. (L. 1, ff. *testam. ord.)*

« Preterea per testamentum transfertur sola haereditas, idest complexus omnium jurium, hinc res singulares non possunt testamento relinqui haeredi. Denique ut eum effectum testamentum obtineat, requiritur ut post mortem acceptetur; id est ut haeres adeat haereditatem mortuo testatore: alias testamentum desertum dicitur ». § 7 *de haer. quae ab int.* — Cocceo, *comment. ad Grot.* loc. cit. additio 14, prop. 1.

(3) *Del possesso per acquistare i Frutti,* Napoli, Marghieri Editore 1879, Parte I, cap. IV, pag. 181 e segg.

(4) Avv. Nardi, nel *Giornale Napoletano di Filosofia e Lettere, Scienze Morali e politiche,* anno 1879, pag. 298 e segg.

(5) Prof. Arcoleo nel *Filangieri,* anno 1879, pag. 458 e segg.

Avv. Bosso nella *Gazzetta del Procuratore* di Napoli, anno XIV, n. 34, 4 ottobre 1879.

(6) Prof. Ajello, nell'*Archivio Giuridico,* vol. XXIV, anno 1880, pag. 284 e segg.

quanto la natura speciale del suo organismo il comporti. Non intendo qui rifare l' ampio esame fatto altra volta; mi limiterò soltanto a riassumere gli argomenti, che reputo decisivi per mettere nitidamente in rilievo l' indole essenzialmente contrattuale del testamento.

Come in ogni altro istituto anche nel testamento, che rappresenta il modo di disporre per causa di morte, bisogna distinguere il fondamento razionale onde si giustifica il dritto di testare, dalla forma giuridica concreta in cui questo dritto astratto praticamente s' incarna per divenire attuoso. La legittimità del dritto di disporre per causa di morte, non è che la conseguenza ed il corollario di un dritto ancora più alto, quello di disporre delle proprie sostanze in generale ed in qualsiasi maniera. Ammesso come legittimo il regime della proprietà privata esclusiva e perpetua, non può che apparire conseguentemente legittimo, quale funzione immediata di essa, così il dritto di disporre per atto tra vivi, come quello altresì di disporre per causa di morte. Se il dritto di proprietà implica necessariamente quello di disporre, l' atto di disposizione, qualunque esso sia, costituisce sempre una funzione ed una conseguenza del dritto di proprietà.

Non basta pertanto che l' atto di disposizione per causa di morte, sia giustificato nei suoi motivi astratti col dritto pieno, quando non voglia dirsi benanco assoluto, che si ha di disporre in generale: è mestieri eziandio, che l' atto concreto di disposizione si palesi sotto una forma giuridica efficace a determinare il trasferimento della proprietà della persona che ne dispone in quella a favore di cui si dispone, e ne costituisca un titolo legittimo ed irrevocabile di acquisto per quest' ultima. Ora per poterci spiegare validamente gli effetti che dal testamento promanano, non bisogna concepirlo altrimenti che sotto la forma giuridica di contratto. Potranno variare, come variano difatti, i caratteri spe-

cifici di questo contratto, e son tali per verità da mostrarsi del tutto distinti da quelli degli altri contratti, nei quali grandissima è l' affinità dei caratteri che sogliono qualificarli; ma, quando rimane salda l' essenza fondamentale dei contratti, e concorrono tutti gli elementi costitutivi dei medesimi, dovremo bensì convenire che trattasi di un contratto speciale, da non confondersi, per certe sue qualità particolari, cogli altri; ma non si può nè si dee perciò sconoscere l' indole fondamentale di contratto anche nel Testamento.

Allorchè taluno dispone con testamento di tutto o parte del suo patrimonio, per il tempo in cui avrà cessato di vivere, rivela una volontà chiara, decisa, positiva, incontestabile, cui non pregiudica, nè offende la morte indi avvenuta, essendosi in vita nel momento che si manifesta, e raccogliendosi in essa il voto ed il sospiro supremo dei moribondi. A questa volontà che non si annulla colla morte, come non si annullano tutti gli atti compiuti nel periodo di sua vita dall' estinto, quando si aggiunge la volontà dell'erede istituito che accetta, si hanno i termini precisi del consenso, ed il contratto è perfetto. Che importa se per riunirsi i due termini del consenso e recarsi a perfezione il contratto, si richiede un intervallo di tempo più o meno lungo, quando l' accordo completo della volontà dell' erede con quella del defunto è un fatto irrefragabile, e rappresenta la sola causa efficiente essenziale, inesorabilmente necessaria *sine qua non,* perchè il testamento divenga produttivo di effetti giuridici?

Da una parte il testatore non ha mica l' obbligo di disporre dei propri beni a favore dell' erede istituito, e dall' altra questi non ha l' obbligo di accettarne l' istituzione. Entrambi quindi agiscono per atto di libera volontà, tanto il testatore nel disporre, quanto l' erede nell' accettare. La legge, come negli altri contratti, non interviene che unicamente per assicurare la sincerità ed

indipendenza del volere, e stabilire dei limiti alla facoltà assoluta di testare nell' interesse della famiglia e della società in generale. Da ciò la conseguenza necessaria della capacità formalmente richiesta tanto nel testatore per disporre dei propri beni a causa di morte, quanto nell' erede e nel legatario per accettare le disposizioni a loro favore, e del divieto non meno formale alle persone dichiarate incapaci dalla legge così di disporre validamente per testamento, come di accettare validamente la disposizione testamentaria (7). Il testamento, fatto ed accettato liberamente da persone capaci, è contratto perfetto e valido, fatto ed accettato da persone incapaci è un contratto invalido soggetto ad essere annullato; fatto da persona capace e non accettato punto, rimane una semplice offerta per manco di accettazione, destituita completamente di effetti giuridici. Come potrebbe altrimenti distinguersi la successione intestata dalla testata, se la prima non traesse le cause del suo essere e della sua efficacia giuridica dall' autorità sovrana della legge, mentre la seconda invece si origina e trae la sua efficacia di dritto dalla volontà libera dell' uomo? Vero è che anche nel primo caso si richiede l' accettazione per parte dell' erede, ma ciò per la semplice ragione che nessuno deve essere avvantaggiato per forza e suo malgrado; e la legge stessa non potrebbe ció imporre senza compiere un atto flagrante di tirannia. Nel secondo caso in vece alla volontà del testatore si ricollega la volontà dell' erede, ed in quest' accordo completo di due volontà si hanno irrefragabilmente i termini del consenso, e la causa efficiente di tutti i rapporti giuridici che dall' essenza del vincolo contrattuale promanano.

Gli argomenti che sogliono mettersi in campo per impugnare l' indole contrattuale del testamento sono principalmente due: la

(7) Art. 762, 763, 929, 930, 931 e 323 del cod. civ.

mancanza di *attualità* o *simultaneità* nel consenso, e la *rivocabilità,* da parte del testatore, delle disposizioni fatte. Il primo di questi argomenti non dice nulla in contrario, il secondo poi vale meglio a suggellare l' essenza contrattuale del testamento.

Cominciamo dal primo. La simultaneità del consenso non è mica una condizione di sostanza del contratto. Il modo abituale di contrattare è quello certamente che implica la manifestazione simultanea del consenso, cioé nello stesso tempo e nello stesso luogo. Da ciò la causa del volgare pregiudizio per cui si confonde la sostanza con questa che è una semplice accidentalità della forma onde si manifesta il consenso; e quindi anche la conseguenza di escludere assolutamente dal novero dei contratti il testamento.

La legge richiede il consenso soltanto, e non la simultaneità di esso come condizione indispensabile alla formazione dei contratti: nè potrebbe altronde richiederla, perchè vi sono esempi notevoli, sempre più crescenti col progresso della civiltà, di contratti che pur si compiono validamente, comunque faccia loro difetto la simultaneità del consenso. La circostanza che il consenso può, secondo i casi, estrinsecarsi o no in modo simultaneo, serve soltanto a modificare il carattere specifico delle singole contrattazioni, per guisa da giustificare sotto questo punto di vista speciali categorie di contratti; ma non vale giammai a cancellare la nota fondamentale del contratto in quello cui manca il carattere della simultaneità nella manifestazione del consenso.

Nella sfera stessa dei contratti tra vivi si distinguono i contratti tra *presenti* da quelli tra *assenti,* e tale distinzione trovasi determinata dal fatto che negli uni vi ha e negli altri manca la simultaneità del consenso. Tanto i primi quanto i secondi però si compiono validamente perchè sì nell'una che nell'altra categoria, come fondo comune, si ha sempre il consenso delle parti contraenti.

La differenza sta solo in ciò che nel primo caso trovandosi presenti le parti contraenti l'accordo ha luogo in modo simultaneo, mentre nel secondo, non trovandosi esse presenti, manca la simultaneità dell'accordo, il quale soltanto diviene possibile a traverso una certa distanza di luogo e di tempo. E la soluzione stessa adottata dal nostro Legislatore circa il momento in cui si perfeziona il contratto tra assenti serve mirabilmente a suffragare l'idea che qui sosteniamo. Poichè, mentre formalmente stabilisce che il contratto *bilaterale* tra persone lontane non é perfetto se l'accettazione non giunge a notizia del proponente; pei contratti *unilaterali* soggiunge invece, che le promesse sono obbligatorie appena giungono a notizia della persona cui sono fatte (8). Non è d'uopo quindi che la persona la quale fa la promessa unilaterale conosca già l'accettazione di quella cui la promessa vien fatta per originarsi l'obbligazione; giacchè questa si origina col fatto solo che la promessa sia accettata anche quando l'accettazione venga ignorata dalla persona obbligata. Ora il testamento accettato sarebbe un contratto puramente unilaterale: basta, dunque, che l'erede nell'avere notizia del testamento lo accetti in modo espresso o tacito perchè il contratto si perfezioni e divenga produttivo di effetti giuridici.

Il testamento semplice atto unilaterale finchè il testatore è in vita, diviene contratto quando, dopo la morte del testatore, è accettato dall'erede o legatario: solo allora si hanno i due termini del consenso. La volontà del testatore si scorge già fissata relativamente alla persona dell'erede o legatario che istituisce, alla quantità dei beni onde dispone, ed alla qualità delle condizioni che impone all'erede o legatario istituito. Si ha dunque in essa uno dei termini del consenso; perchè abbia luogo l'altro

(8) Art. 36 princ. e capov. ult. del Codice di Commercio.

occorre che alla volontà del testatore si unisca la volontà dell'erede. Se l'erede accetta, per atto espresso o tacito della sua volontà, l'istituzione fatta in di lui favore mediante un atto libero di volontà del testatore, estrinsecato nel testamento, concorrendo allora indubbiamente i due termini fondamentali del consenso, il contratto diviene perfetto, e quindi produttivo di effetti giuridici. Se l'erede non accetta, mancando uno dei termini fondamentali del consenso, il testamento rimane atto semplicemente *unilaterale,* epperò improduttivo di effetti giuridici. La causa efficiente dunque di tutti i rapporti di dritto e di obbligazione che si pongono in essere col testamento, è l'accordo reciproco o il consenso del testatore e dell'erede.

Una persona diversa da quella dell'erede istituito non può accettare l'istituzione testamentaria con tutte le clausole e condizioni ch'essa contiene agli effetti di raccogliere l'eredità, onde nell'esercizio legittimo del suo dritto di proprietà ebbe a disporre il testatore. Se vi ha la sua volontà, manca quella del testatore, e l'accordo delle due volontà, è necessario per l'originarsi del contratto: mentre d'altro canto è proprio di tutti i contratti a titolo gratuito, siano essi tra vivi — *donazione* — o a causa di morte — *testamento* —, che l'individualità della persona costituisca una condizione essenziale del consenso.

Ed è pure un carattere proprio dei contratti, a titolo gratuito qualunque sia la loro natura, questo cioè, che la persona che benefica soglia dettare sempre le leggi del contratto alla persona beneficata, indicando non solo l'individualità di essa, ma benanche l'oggetto, le condizioni e le modalità del contratto medesimo. E ciò perchè la seconda si avvantaggia sempre senza corrispettivo di fronte alla prima. Anzi sta appunto in questo la ragione per cui tanto nel codice civile francese, quanto nel codice civile italiano, comunque se ne riconoscano implicitamente gli elementi

costitutivi, neanche la donazione si osa denominare esplicitamente contratto, qualificandosi semplicemente atto (9). Ed é notevole che la parola tecnica *accettazione* come si usa riguardo al testamento viene adoperata ugualmente in ordine alla donazione (10).

Or se comune è stato il motivo per cui tanto al testamento quanto alla donazione si è negata finora la natura di contratto e comuni del pari sono gli elementi fondamentali onde risultano costituiti l' uno e l' altra, sarebbe illogico che dovesse persistersi nell' idea di negare al testamento la qualità di contratto, quando già si è finito col riconoscerla generalmente nella donazione (11). L' unica difficoltà potrebbe derivare da ciò che la persona del testatore non è più in vita al momento in cui si verifica l' accettazione da parte dell' erede, accettazione, che, per essere valida e produttiva di effetti giuridici, è mestieri avvenga necessariamente dopo la morte del testatore, mentre fatta vita durante di quest' ultimo sarebbe del tutto nulla ed improduttiva di effetti

(9) L' art. 1050 del Cod. Civ. Ital. è così formolato: « La donazione è un atto di spontanea liberalità col quale il donante si spoglia attualmente ed irrevocabilmente della cosa donata in favore del donatario che l' accetta ».

Analoga è la formola usata dal Legislatore francese nell' art. 894. « La donation entre-vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnèe en faveur du donataire qui l' accepte ».

(10) § 1 tit. 2, cap. 3, Lib. II Cod. Civ. Ital. art. 929 e segg.; Sez. I Cap. 5, tit. I, Lib. III Cod. Franc. art. 774 e segg.; art. 1050, 1057 e segg. Cod. Civ. Ital., e art. 894 e 932 e segg. Cod. francese.

(11) Fabro. *De erroribus pragmaticorum*, decad. XLV, err. 8, n. 1; — Pothier *Donations et Testaments*, sez. II, art. 1 — Grenier, *Traité des Donations, des Testaments* etc. vol. I, n. 76. — Toullier, *Le Droit Civil Français* etc. V. 4 — Duranton, *Cours de Droit Français* etc. VIII, 13 e seg. — Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, XVIII, 19 e seg. — Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, art. 1102, 6. — Troplong, *Donations et Testaments*, 1, 52 e seg. — Laurent, *Principes de Droit Civil Français* XI, 99 e seg. — Aubry e Rau, *Cours de Droit Civil Français*, VII, § 646 nota 1. — Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni di Diritto Civ. Ital.* IV, 351. — Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, vol. III, 8 e seg.

giuridici (12), a differenza della donazione che per avere effetto occorre di necessità che venga accettata dal donatario, prima della morte del donante (13). Ma questo appunto costituisce la differenza specifica dei contratti di beneficenza tra vivi, come la donazione, e quelli a causa di morte che sogliono pigliare la forma del testamento.

L' idea del contratto solo allora sarebbe impossibile a concepirsi, quando fosse dimostrato che la causa generatrice di tutti gli effetti giuridici nascenti dal testamento non sia la volontà congiunta del testatore e dell' erede. Ma se è vero, come pare irrefragabile, giusta quanto innanzi è stato detto, che l' attualità del consenso non è condizione essenziale dei contratti, ma solo modalità propria a talune categorie di essi, e che una certa limitazione nella volontà dell' accettante è il carattere comune di tutti i contratti a titolo gratuito; è vero altresì che la circostanza di riunirsi i due termini costitutivi del consenso, necessarii alla perfezione del contratto, dopo la morte del testatore, quando soltanto si rende possibile l' accettazione dell' erede, forma la nota specifica dei contratti a causa di morte. È indifferente poi che il consenso del testatore e dell' erede abbia luogo in tempi diversi: esso costitutisce a un punto la causa ed il limite dei diritti e delle obbligazioni che vengono a scaturire dal vincolo testamentario. Se il testatore non è più, la sua volontà gli sopravvive intera, e fornisce il *substratum* e l' addentellato alla volontà dell' erede, al quale non si porge che unica alternativa: o accettare integralmente qual' è la disposizione del testatore, o rinunziarvi anche interamente (14). L' erede non può accettare nè a

(12) Art. 923, 933 e 1118, Cod. Civ. Ital.
(13) Art. 1057, Cod. Civ. Ital.; art. 932 cod. civ. franc.
(14) L' accettazione col beneficio dell' inventario non è un' accettazione definitiva ma sotto riserva. Essa è un beneficio per l' erede, in

termine nè sotto condizione, nè oltre la volontà del testatore, nè rinunziare dopo avere accettato (15). Ma il concorso della sua volontà è sostanzialmente necessario per imprimere efficacia al testamento, che, senza di esso, qual' atto meramente unilaterale, resterebbe improduttivo di qualunque effetto giuridico.

Ed anzichè smentirla vale meglio a suggellare la natura essenziale di contratto nel testamento il carattere incontestabile della sua rivocabilità durante la vita del testatore. Il contratto invero è la risultante della volontà concorde di due o più persone. Quando l' accordo di volontà fra le due o più persone contraenti ha luogo, il contratto è perfetto ed obbliga ciascuna di esse ad eseguirlo fedelmente. Ma finchè trattasi della manifestazione di volontà di una soltanto delle parti contraenti, ci troviamo dinanzi ad una semplice promessa, e ad un atto semplicemente unilaterale — *solius offerentis promissum* — il quale perciò può essere rivocato finchè non sia sorto ancora un vincolo giuridico efficace mediante un atto corrispondente di volontà della persona cui è rivolto. Ora il testamento fino a che non è accettato costituisce un atto puramente unilaterale, un progetto, una promessa come quello che racchiude la volontà di una sola parte — *voluntatis nostrae justa sententia de eo quod post mortem fieri debet* — quella cioè del testatore.

É dunque in facoltà del testatore il rivocare a suo arbitrio

---

quanto lo sottrae alle persecuzioni dei creditori pel pagamento dei debiti ereditari, (art. 968 Cod. Civ.) ma non offende in nulla la volontà del defunto. Prima di stabilire il vincolo contrattuale fra lui e il testatore, l' erede vuole che la successione sia purgata dalla passività onde trovasi gravata a favore dei terzi: *bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno.* Eliminate le passività della successione all' erede resta sempre, quando non preferisca di rinunziarvi, l' obbligo di conformarsi pienamente alla volontà del defunto, reintegrando così i due termini del consenso.

(15) Art. 929 e 942, Cod. Civ. Ital.

fino al giorno della propria morte il testamento; nè tale rivocabilità contraddice all' indole contrattuale del testamento, una volta ch' esso, finchè manca l' accettazione dell' erede, è un atto semplicemente unilaterale, e non un contratto perfetto. E per l' indole speciale del testamento, che è disposizione a causa di morte, il contratto si perfeziona dopo la morte del testatore, onde solo in tal' epoca da un canto rimane inalterabilmente fissata la volontà del testatore, e dall' altro vi ha la possibilità dell' accettazione da parte dell' erede.

Se l' erede rinunzia il testamento, appunto perchè atto unilaterale, non potendo altrimenti divenire produttivo di effetti giuridici, cade nel nulla, e si dà luogo alla successione legittima: ma se l' erede accetta, la sua accettazione rappresentando l' altro termine del consenso, il contratto può dirsi compiuto in tutta regola, ed è perciò che diviene produttivo di dritti ed obbligazioni. La specialità del testamento, che é contratto a causa di morte, e che perciò si perfeziona soltanto dopo la morte del testatore, dà luogo ad una conseguenza ben' assai notevole; quella cioè che in seguito all' accettazione dell' erede, rendendosi perfetto il contratto, questo non è più soggetto ad essere risoluto per mutuo consenso delle parti contraenti, giacchè una sola di esse — l'erede — trovasi in vita, mentre occorrerebbe il consenso eziandio dell' altra parte che non è più — il testatore. — Deriva da ciò logicamente e si spiega con ciò completamente la nota regola di dritto comune: *semel haeres semper haeres.*

Dopo tali osservazioni non è mica dubbio che il testamento accettato costituisca un contratto in piena regola, perchè racchiude in se tutti gli elementi sostanziali comuni agli altri contratti: ed è dalla volontà congiunta del testatore e dell' erede che derivano tutti gli effetti di dritto e di obbligazione che sogliono esserne la conseguenza. Mentre viceversa il testamento non accet-

tato costituisce un atto semplicemente unilaterale, il quale, destinato a ricevere il suo natural compimento dopo la morte del testatore, è mestieri sia circondato dalle guarantigie più efficaci che servono ad assicurare in modo certo ed irrefragabile la sincerità delle disposizioni di ultima volontà. E il complesso delle solennità richieste tassativamente dal legislatore per la valida formazione del testamento (16) mentre da un canto vale a suggellare l' indole speciale di questo contratto solenne, non vale d' altro canto a pregiudicare menomamente in esso l' indole fondamentale di contratto, come non la pregiudicano per nulla l' intervento dell' uffiziale dello Stato Civile e il concorso di altre circostanze solenni nel contratto di matrimonio (17) dell' atto pubblico nel contratto di donazione (18) e in generale la necessità dell' atto pubblico o della scrittura in talune categorie importanti di contratti traslativi di proprietà (19).

Potrà benissimo discutersi sull' indole specifica di tale contratto, ma non potrà nè dovrà razionalmente mettersi in forse l' indole fondamentale di contratto nel testamento accettato.

Oggimai, riesce inutile il negarlo, nelle condizioni della civiltà moderna la forma contrattuale è destinata a trionfare diffinitivamente di tutte le altre (20), come la sola che possa imprimere titolo e carattere di legittimità alla famiglia indefinita degl' istituti giuridici. Tutto ciò che non costituisce l' espressione di un' alta necessità sociale incarnata nella parola suprema della

(16) Art. 774 e segg. Cod. Civ. Ital.
(17) Art. 93 e seg. Cod. Civ.
(18) Art. 1056.
(19) Art. 1314.
(20) Sumner. Maine. *L' ancien Droit,* traduit par Courcelle Seneuil, Paris 1874, Chapit. IX, pag. 288 e segg.
Fouillée. *La Science Sociale Contemporaine,* Paris 1880, Liv. II, chap. 3 4 e 5, pag. 111 e segg.

legge, dev' essere per forza l' espressione immediata della libertà individuale incarnata nel contratto per poter produrre effetti giuridici validi e duraturi. Onde la conseguenza irrefragabile che qualunque istituto giuridico il quale non attinge dalla legge o dal contratto le ragioni del suo essere, non ha più ragione di essere, perchè mancano in esso i titoli della sua legittima esistenza (21).

La libertà però non è termine contraddittorio della necessità, ma ne è invece termine integrante, in quantochè rappresenta l' attuarsi perenne ed incessante della necessità mediante l' opera intelligente e cosciente dell' umana attività. Nè d' altro canto, allargandosi gradatamente il campo di questa viene a rompersi la meravigliosa regolarità delle funzioni sociali, le quali si compiranno sempre allo stesso modo, colla sola differenza che in esse, già più ricche e più complesse per continuo lavorio di specificazione ed organizzazione, il principio cieco della fatalità viene sostituito per gradi da quello veramente umano della coscienza.

Ora se la successione intestata trae le cause legittime della sua esistenza e degli effetti giuridici che produce dall' autorità immediata della legge, la successione testata non può trarle necessariamente che dalla libertà immediata dell'uomo, in quanto, riassumendo in se l'accordo del testatore e dell'erede o legatario, presenta indubbiamente i termini costitutivi del contratto.

Solo a questo modo il testamento può vantare forma essenzialmente giuridica, titolo valido e fondamento razionale di legittimità che lo mettano in grado di rispondere vittoriosamente alle molteplici accuse che gli vengono lanciate dai suoi oppositori com' espressione dell' arbitrio e della tirannia dei Legislatori.

---

(21) Consulta un altro recente lavoro dell' Autore di questo scritto intitolato: *La Funzione sociale dei Contratti e la causa giuridica della loro forza obbligatoria.*

V

La proprietà e i suoi limiti nella legislazione civile italiana

Tema di esame per la privata docenza
di Diritto Civile nella R. Università di Napoli

(Estratto dall' Archivio Giuridico, fascicolo 2 e 3 del 1880)

Quando, sul chiudersi della prima metà di questo secolo, il socialismo, salito al potere in Francia con L. Blanc, tentò di attuare gran parte delle sue idee, e giunse, in così brevo tempo, a scuotere e impoverire le finanze dello Stato senza poter salvare e far fiorire quelle dei privati; il primo atto del governo che gli successe fu quello di sconfessare e di combattere con ogni possa le infauste teorie dei suoi antecessori, di ridestare negl'individui la fede nelle proprie forze, di far servire l'azione e i capitali dello Stato ad uffizi più certi e più sicuri. Ma le sole armi del potere non bastavano per ridurre al silenzio tante voci appassionate che invocavano pane e lavoro, per vincere un'opinione già divenuta prepotente nei più, che si erano abituati a vedere nello Stato la provvidenza dispensatrice della ricchezza dei cittadini. E si fece appello alle armi della scienza chiamandosi ausiliaria del potere, per creare un'opinione pubblica novella. L'*Accademia delle scienze politiche e morali* di Parigi, rispondendo all' appello patriottico della presidenza del governo, imprese con ardore la benefica propaganda, ed affidò a tre sommi il compito di venire in aiuto delle istituzioni in pericolo, d'illuminare la coscienza pubblica pervertita e sconvolta dai sofismi e dalle audaci affermazioni dei novatori. Così vediamo, in breve giro di tempo, il medesimo argomento, la

Proprietà, trattarsi da V. Cousin, dall' aspetto filosofico (Iustice et Charité); da A. Thiers, dall' aspetto economico e politico (De la Propriété); da Troplong, dall' aspetto giuridico (La propriété d'après le code civil). In questi tre scritti che resero in quell'epoca un servizio segnalato alla causa dell'umanità, predomina, con uniformità di vedute, in modo assai spiccato il concetto che la proprietà, qual' oggi trovasi organata sotto il codice civile, sia l'espressione immutabile ed assoluta del principio di giustizia; ch'essa, cioè, rappresenta in tutta la sua pienezza « il diritto di natura applicato ai rapporti dell'uomo colla materia » (1).

Spogliata di ogni vincolo e di ogni limitazione arbitraria che la tirannia degli uomini e la nequizia dei tempi le avevano imposto, la proprietà, come trovasi consacrata dalle moderne legislazioni, rappresenta il trionfo del diritto sulla forza, della libertà sul vincolo, dell' eguaglianza sul privilegio, della ragione sull' arbitrio. Onde, secondo loro, la causa vera della sua perpetua ed assoluta legittimità. Federico Bastiat, decantando il regno della libertà, nell' immenso candore dell' anima sua, ravvisò, nel cozzo di tanti interessi in contrasto, nella guerra accanita degli uomini e delle classi fra di loro, la più bella armonia che mai la provvidenza abbia potuto creare sulla terra; e così anche egli inneggia alla proprietá privata (2), contro la quale il Proudhon, con animo virulento, aveva scagliato l' acerba accusa: *la propriété c' est le vol.*

Combattuti dalle forze alleate della scienza e dal governo, i capi del partito socialista, stremati di credito e di potere, esularono dalla Francia, e fu creduto che con essi il socialismo fosse

(1) TROPLONG, op. cit., Introduction, pag. 6; Confr. THIERS. Livre 1, chap. 1. pag. 9 a 15; COUSIN, op. cit. pag. 34, 35.
(2) *Armonie economiche*, Biblioteca dell' Economista, Prima serie, vol. XII, chap. VIII e IX, pag. 123 a 180.

morto per sempre. Fatale illusione! In quel tempo istesso al socialismo sentimentale del Proudhon veniva a sostituirsi il socialismo scientifico di Marx; si chiudeva col primo l' era del socialismo teorico (3), per inaugurarsi col secondo quello del socialismo rivoluzionario (4). Nel 1847, firmato da Federico Engels e da Carlo Marx, appare in Londra il *programma* del partito comunista, ch' è la parola d' ordine dell' Internazionale, di questa vasta e potente associazione che, crescendo ogni dì più di aderenze e di audacia, acquistando nuovi organi nella stampa, nella cattedra e nelle assemblee legislative, minaccia con moto infaticabile di avvolgere l'Europa nelle fitte maglie della sua rete. L' Europa n' è atterita: i proprietarii, i capitalisti e tutti quanti sono gli elementi conservatori si collegano, si agguerriscono per resistere al comune nemico; ma sentono in fondo che qualcosa bisogna farla a pro delle classi lavoratrici, chè le moderne legislazioni non bastano a soddisfare tanti nuovi bisogni che sorgono, a lenire tante piaghe e tanti dolori, onde queste trovansi contristate.

Parecchi anni or sono, solo pochi credevano alla mutabilitá delle leggi sociali; ed ora può dirsi che siano pochissimi coloro che ancora vogliono serbar fede alla perennitá di siffatte leggi. Un giorno esse furono, per la loro assolutezza, paragonate alle leggi del mondo fisico; ed oggi è la Biologia che fornisce i dati per renderci ragione della loro mutabilitá al mutarsi delle condizioni economiche, politiche, religiose e morali dei popoli. Il diritto, secondo recenti ed accurati studii hanno dimostrato, non è più una formula astratta che, cercando di delineare i caratteri ed i rapporti dell' uomo tipico, tralascia di studiare e di soddisfare le vitali necessitá dell' uomo storico. In ogni momento della storia

(3) *Contradictions économiques:* Qu' est ce que la propriété?
(4) *Das Kapital. Kritik der politischen Oekonomie.*

ed in ogni società gli uomini, essendo quel che sono, han bisogno di una determinata organizzazione politica e sociale che, rispondendo compiutamente alle condizioni speciali in cui si trovano, assicuri loro di svolgersi e permanere, sinchè, col sorgere di nuovi bisogni e di novelle condizioni di vita, non sia d'uopo di una nuova e più adatta organizzazione. Coordinare le varie funzioni degli organi sociali in guisa che tutti possano liberamente esplicarsi, senza che trovino ostacolo nel loro esercizio — ecco l'impero del diritto: la legislazione non è che l'espressione positiva del rapporto razionale che deve necessariamente sussistere tra l'essere e il miglior modo di essere della società in un dato momento della storia. Solo così possiamo spiegarci razionalmente la perenne ed incessante vicenda delle legislazioni nel tempo e nello spazio, le quali, funzionando a meraviglia presso un dato popolo ed in un dato momento della sua vita, si son trovate poi disadatte ed inefficaci quando sono state applicate ad altri popoli, o quando, pur mantenendosi allo stesso popolo, si son volute perpetuare malgrado in esso fossero cambiate le condizioni di vita che poterono un tempo giustificarle.

La società adunque è un vero ed effettivo organismo che tende ogni dì più, mediante il continuo esplicarsi e il migliore adattamento degli elementi onde è composta, a specificare meglio i suoi organi, e ad ottenere, colla maggiore distribuzione del lavoro sociale, una maggiore precisione nel compiersi delle singole funzioni. Nè è da meravigliarsi se a misura che siffatto organismo, sviluppando le sue interne e latenti energie per lento ma continuo processo di evoluzione, si modifica in correlazione dell'ambiente entro cui si svolge, debba pure mutare la legislazione, la quale, nata per regolare una data forma di organismo, non trovasi più adatta a regolarlo quand'esso già si è trasformato. Egli è per questo che, volgendo semplicemente lo sguardo

all' Europa, qual' oggi trovasi costituita nelle sue leggi relative alla proprietá, vediamo ch' esse assumono una forma ed una fisonomia diversa secondo i popoli e le regioni dove imperano; e che malgrado siffatta diversitá di legislazione, non dappertutto esse funzionano bene, sentendosi in molti paesi il bisogno di certe riforme che in altri non è ancora sorto (5).

In Russia solo nel 1861 veniva abolita la servitù della gleba, che nel resto d' Europa era giá scomparsa sin dal sorgere dell' evo moderno; e, cosa notevole, ivi vige ancora nelle campagne un tipo di villaggio detto *Mir*, dove la proprietá della terra appartiene alla comunitá, e i cittadini ne hanno semplicemente l' uso di una parte, la quale varia dopo un certo giro di anni, col variare delle circoscrizioni territoriali. Tutti gli altri oggetti, come la casa, il giardino, gli strumenti di lavoro e, in generale, i mobili che sono tutte cose di proprietá privata, appartengono, non all' individuo, ma collettivamente alla famiglia, la quale trovasi costituita sul tipo patriarcale (6). Ma il *Mir* russo comincia a dissolversi, e il nihilismo che oggi divampa in Russia, mirando alla rivoluzione politica, chiude in seno i germi della riforma sociale. — In Svizzera, dove il sentimento democratico, ch' è istintivo a quel popolo, non è stato turbato da invasioni od influenze straniere, troviamo gli *Allmenden,* i quali rappresentano la parte indivisa del territorio comunale, su cui tutti i componenti della comunitá hanno diritto di uso e godimento (7) — Presso gli slavi meridionali la famiglia si presenta organizzata nella forma democratica primitiva: una vasta associazione di

(5) MEYER, Der Emancipations-Kampf des vierten Standes, Berlin 1874-75.

(6) LAVELEY, De la propriété et de ses formes primitives, chap. II e III, pag. 9 a 47.

(7) LAVELEY, op. cit., chap. XVIII e XIX, pag. 267 a 314.

parenti che convivono in uno o più edifizii comuni, soggetti ad un capo elettivo, cui è devoluta l'amministrazione delle faccende domestiche e la direzione della famiglia in ogni manifestazione della sua attività, coll'obbligo però di sentire il parere di tutti i membri della convivenza negli affari più importanti che la riguardano. In questa società, dove il regime democratico si concilia così bene col candore e la serenità patriarcale, meno i pochi oggetti che sogliono essere prodotti dall'industria manuale, tutto è proprietà comune della famiglia (8).

Ma come vediamo mutarsi le tinte del quadro, quando si volge lo sguardo all'Inghilterra! Quivi un grande contrasto regna nella fortuna delle classi sociali: la proprietà territoriale trovasi concentrata in poche mani, dalle quali è impossibile che si sprigioni, a causa della primogenitura e del fedecommesso che, se non sono sanzionati da leggi scritte, trovano la loro autorità nelle consuetudini, le quali ivi hanno forza maggiore della legge. Su una popolazione di 30 milioni, solo 30,766 sono i proprietarii della terra per come risulta dal censo del 1861 (9). La grande industria soverchia ogni dì più e soppianta i piccoli industriali, i quali son costretti ad ingrossare le immense file degli operai: il lavoro trovasi a discrezione del capitale. La legislazione inglese sulla proprietà non è più rispondente alle mutate condizioni sociali, e se ne invoca una pronta riforma. « La distribuzione della proprietà in Inghilterra, — diceva Lord Napier nel suo discorso presidenziale del settembre 1872 al congresso della scienza sociale — presenta la più grande contraddizione con le sue libertà politiche, e solleva il più profondo

(8) LAVELEY, op. cit., chap. XII, pag. 195 a 219.
(9) FERRARIS. La quistione agraria in Inghilterra, Nuova Antologia, 1874, vol. XXVII, pag. 101.

senso d' ingiustizia. In nessun paese si trovano tanti uomini sulla terra ad arbitrio dei loro padroni senza protezione. Le leggi sulla proprietá debbono essere tra noi rivedute, togliendo quelle che impediscono la divisione, promovendo quelle che ne facilitano l' acquisto al contadino ed all' operaio, ed istituendo autoritá e regole che obblighino il proprietario all' adempimento dei suoi doveri, e proteggano il contadino ». Il medesimo lamento, con vedute più generali, si muove dall' Herbert Spencer (10). Con maggiore ardimento e competenza di tutti il compianto Iohn Stuart Mill non solo afferma che le leggi attuali sulla proprietá, avendo avuto origine in un' etá troppo diversa dalla nostra, hanno bisogno di essere affatto rivedute e corrette; ma propone inoltre che lo Stato acquisti la proprietá di gran parte del suolo inglese per promuovere la piccola agricoltura e migliorare così la condizione dei contadini e degli operai (11).

La proprietá in Germania, a causa principalmente dei diversi Stati politici, in cui si è trovata sino a pochi anni addietro diviso il territorio nazionale, e delle diverse tradizioni, costumi ed elementi sociali diversi che hanno nei medesimi imperato, non offre uniformitá, nè nell' assetto economico, nè nel sistema legislativo. Dove prevale il latifondo, dove il piccolo predio, dove si scorge ancora inceppata nei vincoli dei principî feudali, dove i principî liberali proclamati dalla rivoluzione e dal codice francese, agevolano di gran lunga la tendenza a un maggiore sminuzzamento della proprietà. La proprietà industriale è in fiore, e la grande fabbrica usurpa mano mano il luogo del lavoro di famiglia; gli operai non sono sicuri della sus-

(10) Herbert Spencer, Social Statics, cap. IX.
(11) Iohn Stuart Mill, Programm of the land tenure association wit an explanatory statement, London 1871.

sistenza del domani. In Germania adunque la questione sociale è all'ordine del giorno; dappertutto s'invoca una pronta riforma nella legislazione sulla proprietà. Ne siano di prova il moto meraviglioso dal lato scientifico delle teorie e pratico delle associazioni, i frequenti congressi, le esplicite dichiarazioni di certi membri del parlamento tedesco, e il fatto assai eloquente che la maggior parte dei professori delle Università germaniche si sono pronunziati in questo senso (12).

In Francia, a dire il vero, quistione sociale per ora non vi è, poichè non regna antitesi notevole tra le condizioni e i bisogni reali del paese e la legislazione sulla proprietà. La proprietà territoriale trovasi immensamente sminuzzata, la maggior parte dei contadini sono proprietari, e la popolazione, per l'abitudine acquistata a una certa agiatezza, cresce assai lentamente, specie nei dipartimenti rurali. Onde non v'ha, come negli altri paesi, quella continua emigrazione dei contadini verso i centri industriali che, ingrossando di un tratto le file degli operai, produce violentemente il ribasso dei salarii. Gran parte di questi benefizii si deve alla rivoluzione, la quale, non contenta di avere proclamato in principio la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, si sforzò di recarle in atto, facendo entrare nel patrimonio dei comuni le terre usurpate dalla nobiltà feudale, e in quello dello Stato i beni del clero e dei nobili, e distribuendoli poscia in piccole proprietà. La legislazione che sopravvenne, lungi dall'avversare, agevola anzi di più il libero movimento delle proprietà, sciogliendola da tutti i vincoli che in altri tempi la tenevano incagliata. In Francia adunque vera quistione sociale non esiste, ma è la quistione politica che ne tiene le veci: se spesso vediamo

(12) Cusumano, Le scuole economiche della Germania, in rapporto alla quistione sociale, Napoli, 1875.

costruirsi programmi di riforma sociale, non è che per meglio coonestare le mire e le ambizioni politiche; il tentativo della comune di Parigi nel 1871 deve a tutt' altre cause la sua riuscita.

In Italia poi non può farsi quistione di distribuzione, quando così scarsa si porge presso di noi la produzione della ricchezza. I capitali mancano, e con essi lo spirito d' iniziativa: certi conati industriali, se si tolgono delle nobili eccezioni, più o meno falliti, accusano spesso uno stato d' isterismo anzichè di sanità nella nostra industria nazionale. La parte negativa della legislazione sulla proprietà, quella cioè che consiste nel non porre ostacoli alla libera concorrenza, alla circolazione ed alla più adatta ripartizione della proprietà, nel non creare impacci alla iniziativa dei privati, può dirsi francamente che in molti punti segna un progresso notevole su quella delle più colte nazioni di Europa. Ma per ciò che riguarda la parte positiva della medesima, onde lo Stato, invece di lasciar fare dovrebbe fare lui stesso quel che i privati non sono in grado di fare, la legislazione italiana si presenta assai difettosa. Gran parte del nostro territorio trovasi incolto, o per mancanza di capitali che ne assicurino la produzione, o per mancanza di viabilità che assicuri lo spaccio dei prodotti; e quella parte stessa ch' è già coltivata trovasi ancora, per difetto d'istruzione nei proprietari e nei fittajuoli, sottoposta alla cultura consuetudinaria, anzichè alla cultura scientifica. Ne è a dirsi che le paludi ingombrano e rendono impraticabili immense lande di terreno, che le nostre industrie, per manco di aiuto diretto ed indiretto dello Stato e di adeguata coordinazione coll' agricoltura, sono dalla disastrosa concorrenza dei prodotti forestieri nel mercato nazionale continuamente debellate e vinte; e che infine un largo contingente all' emigrazione estera è dato da quelle provincie, dove versa in più deplorevoli condizioni lo stato dell'agricoltura. Ma a noi,

più che di farne la critica, è imposto di fare l' esposizione della legislazione italiana intorno alla proprietà: entriamo dunque in materia.

I.

Il problema della proprietà è problema di libertà: libertà nell' ordine filosofico, libertà nell' ordine giuridico. Mediante la prima l' uomo emancipandosi dall' impero della natura, soggioga la natura, facendola meglio servire ai suoi bisogni; mediante la seconda invece l' uomo si emancipa dalla dipendenza dell' altro uomo, perchè, coll' inviolato esercizio della propria personalità, possa acquistare per sè e godere liberamente di quei beni che sono il frutto esclusivo del suo lavoro. Nelle lente ma successive vittorie che l' uomo ha riportato per sottrarsi alla doppia servitù della natura e dell' altro uomo, si compendia tutta la storia così della proprietà come della libertà ad un punto. Onde vediamo che, secondo le conquiste progressive fatte nei varii tempi, sia mutato notevolmente tra gli uomini il concetto della proprietà. Emilio de Laveley ha scritto recentemente un libro importantissimo (De la propriété et de ses formes primitives, Paris, 1877), per dimostrare che la nozione della proprietà siasi trasformata nel tempo; e ch' essa, qual' oggi sogliamo concepirla noi, non risponde già alla nozione primitiva della medesima, ma é invece il risultato di un' evoluzione non molto remota. Quanto al concetto della libertá poi, ch' esso abbia avuto un valore diverso secondo le diverse epoche e presso i varii popoli, è cosa oramai fuori contestazione.

In Oriente la libertá umana non si è svolta nè nell' ordine filosofico, nè nell' ordine politico: ivi a fianco del panteismo della natura predomina il panteismo dello Stato; l' individualitá del-

l' uomo non esiste che involuta nell' uno e nell' altro senso. E la proprietá, come dominio privato della terra, non ha luogo: il sovrano, sia esso rappresentato da un solo o da una casta, è l' unico e vero proprietario di tutto il territorio dello Stato: i cittadini non sono che semplici utenti della proprietá e della libertá che il sovrano concede e che, a suo arbitrio, può loro ritogliere. — In Grecia l' uomo della natura comincia a cedere il luogo all' uomo della storia, e s' inaugura il regno della libertá, la quale si palesa nella lotta dei semidei per vincere e soggiogare la natura, nella conquista dei dritti politici, per cui i cittadini concorrono e divengono cooperatori del governo dello Stato. Ma in Grecia solo il cittadino, in quanto forma parte della convivenza sociale, vien riconosciuto: i diritti civili non sono che il corollario e la conseguenza dei diritti politici. L' affermazione della libertá politica nel cittadino portò con sè l' affermazione della proprietá privata: ma questa traendo sua origine non dal diritto astratto dell' individuo, ma dalle facoltá al medesimo spettanti sul territorio comune, qual membro della societá, fè sì che tutti i cittadini dovessero possedere invariabilmente un' eguale quantitá di beni. Egli è perciò che vediamo esercitarsi una sconfinata ingerenza da parte dello Stato sul patrimonio dei privati, la quale mira a conservare la eguaglianza delle fortune dei cittadini, perchè all' eguale godimento dei diritti politici corrisponda eziandio l' eguale godimento dei diritti civili. Lo schiavo, che non era nè libero, nè cittadino, non aveva proprietá per sè, ma lavorava per far produrre la proprietá del padrone. Così assistiamo in Grecia a una lotta perpetua tra l' azione livellatrice dello Stato e quella sovvertitrice degl' individui, a una lotta miseranda di classi tanto deplorata da Platone (13), e che

(13) Repubblica, lib. IV, pag. 422.

poscia finì per uccidere interamente quella giovane e vigorosa nazione. — Anche in Roma, nei primi tempi, e per le stesse ragioni, l'elemento politico predomina sull'elemento civile. La proprietà è nelle famiglie non negl'individui, poichè solo dall'unione di quelle veniva formata la compagine aristocratica dello Stato. Nè era permesso che la proprietà uscisse dal seno della famiglia senza l'intervento dello Stato, intervento che nella trasmissione tra vivi si manifesta mediante la *mancipatio* e la *in jure cessio,* e nella trasmissione a causa di morte mediante il testamento formato *calatis comitiis.* Queste, che poscia divennero semplici finzioni di diritto, erano in principio l'espressione di un vero ed effettivo consentimento dello Stato nelle transazioni civili. Colla costituzione di Servio Tullio, come nella vita pubblica così nei rapporti privati, l'individuo comincia ad emanciparsi dalla famiglia, e la proprietà vien divisa *viritim* ai singoli cittadini (14). Assoluto era il potere che il *civis* esercitava sulla sua proprietà: lo Stato finì per non avervi più nessuna ingerenza. La lotta tra patrizi e plebei e le leggi agrarie non ebbero altro fine che la ripartizione dell'*ager publicus: l'ager privatus* era un diritto sacrosanto, cui nè i cittadini nè le leggi osavano attentare. Il forestiero, che prima era semplicemente *hostis* e perciò incapace di godere diritti politici e civili, comincia mano mano a divenire prima alleato e poscia anche cittadino romano; solo così poteva avere una proprietà *ex jure quiritium,* non spettando altrimenti al semplice peregrino che il *dominium bonitarium ex jure gentium.* Quando la cittadinanza

(14) MOMMSEN, Storia romana, vol. 1, pag. 206 e 250. Cicerone attribuisce a Numa la divisione delle terre per capi: *Numa primum agros quos bello Romulus ceperat divisit viritim civibus* (De Rep., II, 9, 14). Ma ciò non toglie che la proprietà debba alla costituzione di Servio Tullio il suo assetto definitivo come diritto veramente individuale.

fu comunicata a tutti i sudditi dell' impero, divennero essi tutti capaci di acquistare la proprietà quiritaria. Da una proprietà inegualmente ripartita ed assolutamente rispettata in tutti i suoi eccessi, e che non trova nell'industria il modo efficace per riparare le ingiurie della fortuna, l' ineguaglianza procede a passi di gigante, le grandi masse di ricchezza divorano le piccole (15). E così avvenne in Roma: il latifondo invase e distrusse la piccola proprietà, vera espressione della servitù politica e sociale in cui si trovò nel suo cadere il mondo romano.

Allo spirito di egoismo che aveva animata la vecchia società pagana, si contrappone, per natural reazione, lo spirito di carità, onde si trova animata la novella società cristiana. Ma lo spirito di carità, se è buono per temperare gli eccessi dell' egoismo, non è affatto buono per servire di unico cemento alla costituzione degli Stati. Egli è perciò che siffatto principio, non trovando riscontro nella generalità degli uomini, si rinchiuse con pochi eletti nei conventi; ma anche qui, assopendosi col tempo l' entusiasmo primitivo, finì col sostituirsi all' egoismo degl' individui quello delle comunità. La proprietà che fu prima sprezzata, *come il più detestabile dei vizi,* fu poscia cercata ed usurpata come l' elemento più essenziale alla vita ed alla prosperità del monachismo. Ma a fianco del cristiano che vuole spogliarsi lui per arricchire gli altri, sorge il barbaro che spoglia gli altri per arricchirsi lui. L' elemento barbarico, come il più adatto, vince l' elemento cristiano, e così abbiamo la conquista e il feudalismo. I vincitori espropriano i vinti e divengono a un punto i signori della terra e del potere: *nulle terre sans seigneur:* i vinti se non possono divenire vassalli, restano servitori della

(15) STUART MILL, Elem. di Ec. Pol., Bibl. dell' Ec. 1 serie, vol. XII, pag. 460.

gleba. Nei primi è tutta la proprietá e la libertá, nei secondi nè l' una, nè l' altra. Col sorgere dei comuni liberi, accanto alla libertá vediamo sorgere la proprietá. Quando nei primi secoli dell' evo moderno il dispotismo del monarca per diritto divino s' impadronì del continente europeo, l' idea della sovranitá implicò altresì il dominio eminente su tutto il territorio dello Stato, ed il principe fu considerato come il dispensatore della proprietá e della libertá dei cittadini (16). Col risveglio della democrazia si è suscitata a un punto negli uomini l' idea della proprietá e della libertá delle persone e dei beni. Le novelle costituzioni, a cominciare da quella del 1791 della Francia, consacrano egualmente il rispetto e l' inviolabilitá della persona e della proprietá privata. I codici non fanno che chiarire meglio, e sviluppare in tutte le sue espressioni un diritto che è sacro nei cittadini come lo statuto che lo sancisce.

Il nostro statuto fondamentale, nell' art. 29, con termini assai decisi, proclama: « Tutte le proprietá, senza alcuna eccezione, sono inviolabili ». Il rispetto adunque della proprietá privata in Italia non è semplicemente il privilegio d' una determinata classe di persone, ma il diritto di tutti i cittadini dello Stato: diritto questo che, quale espressione e conseguenza della libertá personale, dee mantenersi egualmente inviolabile, come di fronte agli altri cittadini, così di fronte allo Stato medesimo. In tal guisa debbono ritenersi aboliti completamente quella doppia serie di vincoli, che nel periodo feudale e in quello della monarchia assoluta hanno inceppato la proprietá privata. Nè si apporrebbe al vero chi volesse considerare, come un vincolo alla proprietá, l' obbligo dell' imposta in tutti i cittadini dello

(16) Laboulaye, Histoire du droit de propriété foncière en Occident.

Stato, in proporzione dei loro averi, che l'articolo 25 dello statuto sanziona espressamente. Imperocchè l'imposta da noi non serve, come in Inghilterra, al riconoscimento del diritto eminente dello Stato; e se non vuolsi ritenere ch'essa sia il prezzo del servizio che il cittadino riceve dalla comunità, bisogna ammettere sempre che il pagamento dell'imposta rappresenta un'uffizio sociale, un dovere giuridico che il cittadino, qual membro della colleganza civile, dee necessariamente adempiere onde concorrere, per la sua parte, alla conservazione della vita nell'organismo dello Stato di cui egli non è che un semplice elemento. Ma se spetta allo statuto sanzionare come principio il rispetto della proprietá privata, qual espressione dell'esercizio inviolato dell'umana libertá; porgerne il concetto giuridico ed esplicarlo in tutti i suoi rapporti e le conseguenze che ne promanano, come base di tutte le transazioni civili, è l'ufficio del codice. Consultiamo dunque il codice civile.

L'articolo 436 dice: « La proprietá è il diritto di godere e di disporre delle cose nella maniera più assoluta, purchè non se ne faccia un uso vietato dalle leggi o dai regolamenti ». Dalle parole esplicite di questa disposizione emerge chiaro il concetto che la legge riconosce un doppio dritto nel proprietario: il dritto di godere e quello di disporre, dritto che può esercitarsi *nella maniera più assoluta*. La qual cosa dimostra come il codice conferma pienamente quel che giá vien affermato dall'art. 29 dello statuto.

Il diritto di godere, per come è inteso dal legislatore, ha una significazione larghissima, ed inchiude nel suo concetto quella stessa serie di dritti che i romani denotavano adoperando la doppia denominazione di *usus* e di *fructus* (17). La legge si

(17) LAURENT, Principes de droit civil. vol. VI, n. 100; DEMOLOMBE, V, 543; MARCADÉ, II, art. 544.

limita soltanto a riconoscere siffatto diritto come principio; ma lo svolgerlo ed esercitarlo in tutte le guise che l'intelletto stimolato dal bisogno può escogitare, per trarre dalle cose tutti i vantaggi, i comodi, le utilità, i diletti, le soddisfazioni, di cui sono capaci, spetta al proprietario. Il diritto di godimento sulla cosa che si ha in proprietà si estende eziandio agli obbietti che la medesima, sia spontaneamente che mediante l'industria dell'uomo, produce (art. 443) (18).

Il diritto di disporre poi implica la facoltà di poter fare della cosa propria quel che si vuole: modificarla, trasformarla, snaturarla, consumarla sì produttivamente che improduttivamente, rinunziarla, cederla per atto tra vivi o a causa di morte, permutarla, smembrarla, abbandonarla. La legge, lungi dal porre un limite a siffatto potere, dichiara espressamente che il proprietario può disporre della cosa sua nella maniera più assoluta. Ma qui è d'uopo intenderci bene. I giureconsulti romani, per indicare il diritto assoluto del proprietario nel disporre della cosa propria dicevano, ch' egli ha il *jus abutendi*. Non intendevano però con questa espressione denotare l' *abusus* nel senso volgare della parola; ma intendevano invece, come afferma espressamente Ulpiano (19), colla parola *abusus,* significare il consumo. Ma la legge riconosce un diritto di abuso, preso questo vocabolo nella sua significazione volgare? Il Laurent dice che sì (20), poichè nulla vieta al proprietario di lasciare incolto il proprio campo, di gittare il suo denaro, sciuparlo, spenderlo in piaceri grossolani e *en débauches.* A noi pare invece che non ogni atto che la legge non è in grado d'impedire, quand' esso non tende a un fine legittimo, costituisca

(18) AUBRY et RAU, Cours de droit civil français, vol. II, § 192, pag. 184.
(19) Fr. 5, § 1, Dig. de usufr. ear. rer. quae usu consum., VII, 5.
(20) LAURENT, op. e vol. cit., n. 101.

per ciò solo un diritto: epperò se il proprietario nel fatto abusa della cosa sua, non è perchè ne abbia il diritto, ma perchè la legge, riconoscendo come diritto l' uso della cosa propria, non è competente a conoscere dove cominci l' abuso senza che compia necessariamente atti flagranti di arbitrio e di violenza (21). Ne siano di prova gli eccessi compiuti dai censori in Roma. Ed è bene notare come i romani, cui non mancò mai nè l' esperienza nè l' intuito dei veri rapporti giuridici, malgrado il concetto assai largo che avessero intorno al diritto di proprietà, non esitarono punto a qualificare come danno sociale, oltre che danno individuale, l' abuso delle cose proprie: *Expedit reipublicae ne sua re quis male utatur* (22).

La proprietà reale, essendo l' espressione o meglio la continuazione della proprietà personale dell' uomo nel mondo esteriore, è mestieri riproduca in sè tutti i caratteri di questa perchè possa affermarsi in tutta la sua integrità (23). Egli è perciò che la proprietà come, sulle tracce del diritto romano, vien considerata dal diritto moderno, non sa concepirsi disgiunta dal doppio carattere dell' esclusività e della perpetuità. Il legislatore italiano, dicendo nell' art. 436 che « la proprietà è il diritto di godere delle cose *nella maniera più assoluta* » riconosce, senza dubbio implicitamente questo doppio carattere nel diritto di proprietà.

Il carattere dell' esclusività implica nel proprietario il potere privativo sulla cosa sua, tale cioè da interdire ad ogni altra persona la facoltà di godere o di disporre menomamente della medesima, di rivendicarla se non ne abbia il possesso, di reprimere qualunque attentato o turbamento possa recarsi al suo

(21) Toullier, vol. II, n. 86; Demolombe, V, 545.
(22) § 2, Instit. de his qui sui vel al jur. sunt, I, 8.
(23) Romagnosi, Assunto primo del diritto naturale; Rosmini, Filosofia del diritto, vol. 1, pag. 186 e seg.; Cousin, op. cit., pag. 30.

diritto assoluto di godimento e di disposizione (24). — Dal carattere esclusivo del diritto di proprietà ne nasce, per logica ed inesorabile conseguenza, che la medesima cosa non può contemporaneamente ed interamente appartenere in proprietà a più persone. *Celsus ait duorum quidem in solidum dominium esse non posse* (25). Scrive in proposito, colla sua solita elevatezza, il Pothier: « Quand' io ho il diritto di proprietà di una cosa, un altro non può, *per rerum naturam,* divenirne proprietario senza che io cessi interamente di esserlo, ed egli non può averne la proprietà in una parte, senza che io cessi di averla nella parte medesima. La ragione si è che proprio e comune sono due termini contraddittori (26) ». La medesima cosa quindi può appartenere a più in comune, divisa per parti ideali, ma non esclusivamente a ciascuno nello stesso tempo in tutta la sua interezza. Il Proudhon, nel suo trattato *Del dominio di proprietà,* crede trovare un' eccezione a siffatto principio « nelle cose per loro natura indivisibili, come le servitù, perocchè l' esercizio di esse appartiene essenzialmente ed interamente a ciascuno di quelli che vi han diritto (27) ». Noi avvisiamo invece che quì l' illustre giurista confonda tra il diritto e l' esercizio del diritto; perocchè se è proprio delle cose indivisibili che più persone non possano esercitare il loro diritto sulle medesime che per la totalità, non è ciò perchè di siffatte cose sia proprietario esclusivo ciascuna di esse, ma piuttosto perchè altrimenti sarebbe impossibile l' esercizio del loro diritto. Ma il diritto è

---

(24) Toullier, vol. II, n. 86; Laurent, VI, 102; Aubry et Rau, op. cit., II, § 191, pag. 176; Pacifici-Mazzoni, Della distinzione dei beni, ecc., Comm. n. 87; Borsari, Comment. del Cod. civ., vol. II, § 843.
(25) Fr. 5, § 15, Dig., Commod., XIII, 6.
(26) Pothier, Trattato del diritto di dominio e di proprietà, n. 16.
(27) Proudhon, Trattato del dominio di proprietà, vol. 1, n. 7.

in tutti, e non in un solo degli utenti, tanto vero che l'uno non può escludere l'altro dal godimento e disposizione dell'identica cosa. Vi ha dunque comproprietà non proprietà esclusiva, il modo di esercizio è una semplice accidentalità; l'equivalente di fatti della cosa indivisibile spetterebbe *pro rata* a ciascuno degli aventi diritto.

Il carattere della perpetuità importa che il diritto di proprietà non possa essere soggetto a cessare nel tempo, perchè così verrebbe mutilato in uno dei suoi elementi costitutivi. Un diritto di proprietà temporanea è un diritto dimezzato; poiché non possiamo dirci proprietari assoluti di una cosa, della quale un dato giorno, certo o incerto che sia, dobbiamo perderne necessariamente il dominio. La proprietà a tempo è un ostacolo al diritto assoluto di disposizione. Colui che avesse un diritto in siffatta guisa non potrebbe permutare la cosa oggetto di sua proprietà, non donarla, non cambiarne la forma, non compiere, in una parola, qualcuno di quegli atti di padronanza che a vero proprietario si addicono, recando con ció pregiudizio a chi dovrà succedergli nel dominio: egli, a dirla breve, non avrebbe una proprietà perfetta (28). Un esemprio di siffatta specie si avrebbe nelle sostituzioni fedecommissarie, dove il chiamato gode dei beni col peso però di conservarli e di restituirli. Ma qui bisogna guardarci dal considerare colla generalità degli scrittori, come veri casi di proprietá imperfetta, quelli in cui il diritto di proprietá è soggetto ad essere risoluto, rivocato, annullato, rescisso. In tutti questi casi, in vero, sia che si tratti che il diritto di proprietá fosse stato trasmesso sotto condizione risolutiva espressa o tacita; sia che il titolo di trasferimento si trovi offeso da qualcuno di quei vizi che sogliono produrne la

(28) Pothier, op. cit., n. 9; Duranton, vol. II, 266; Laurent, VI, 104.

nullitá; sia che, per causa di lesióne, il medesimo titolo di trasferimento possa essere rescisso; sia che, per essere stata intaccata la riserva dei legittimari, la proprietá acquistata mediante donazione o testamento possa essere ridotta; sia che si tratti di restituzione d'indebito; sia, infine, che una donazione, per alcuna delle cause indicate dalla legge possa essere rivocata; non è esatto il dire che si abbia proprietá temporanea od imperfetta come si voglia. Imperocchè il titolo del proprietario, qualunque sia la causa che possa viziarlo, si trova soggetto ad essere messo nel nulla; e dal momento che l'inefficacia del titolo a trasmettere la proprietà viene pronunziata, si giudica che esso non sia esistito giammai: il trasferimento del dominio giammai ha avuto luogo. Onde, allorchè non si tratti di condizione risolutiva espressa, nel qual caso la risoluzione del diritto di proprietà si compie malgrado il volere stesso delle parti, non può sfuggirsi a questa alternativa: o che colui, che è nella legittima facoltá di chiedere la risoluzione, la nullitá, la rescissione, la riduzione del diritto di proprietá, si giova di tale facoltá nel termine designato dalla legge, o no. Nel primo caso, dichiarandosi inefficace o, se vuolsi, inesistente il titolo di trasferimento, si presume che la proprietá sia stata sempre presso di lui e che mai siasi trasferita in altri; nel secondo caso invece, non agendosi da chi ne avrebbe il dritto nel termine voluto dalla legge, o confermandosi il titolo vizioso, viene a prodursi l'effetto contrario, che quegli cioè il quale, per uno dei sopra numerati vizi, avrebbe potuto perdere con effetto retroattivo la proprietà, venga considerato come proprietario legittimo, assoluto, perpetuo, sin dal momento del suo acquisto. Questa dottrina, è del Laurent (29): noi non abbiam fatto altro che compendiarla

(29) LAURENT, VI, n. 104 a 111.

ed accettarla pienamente, poichè conforme ai veri principi della scienza e della legislazione.

Dove non possiamo però convenire coll' illustre scrittore si è, quand' egli scorge un vero caso di proprietà temporanea nell' ipotesi contemplata dall' art. 958 del Codice Napoleonico, il quale si esprime in questi termini: « La rivocazione per causa d' ingratitudine non pregiudicherà nè alle alienazioni fatte dal donatario, nè alle ipoteche ed altri pesi reali ch' egli abbia potuto imporre sulle cose donate; purchè tutto ciò sia avvenuto prima che l' estratto della domanda di rivocazione sia stato iscritto al margine della trascrizione ordinata nell' art. 863 ». In presenza di tale disposizione il Laurent esclama: « Voilà une propriété à temps; jusq' au moment où la domande en révocation est rendue publique par la voie de l' inscription. C' est ce que, dans le langage de l' école, on appelle révocation *ex nunc*, pour marquer qu' elle ne rétroagit pas, et que par suite elle n' a pas d' effet contre les tiers (30) ».

Se questo concetto fosse vero i casi della proprietà temporanea si sarebbero moltiplicati a dismisura nel codice italiano, il quale eleva a principio generale di diritto quel che nel codice francese forma obbietto di una ipotesi meramente speciale: garantire, cioè, i diritti legittimamente acquistati dai terzi, malgrado che il titolo di colui che li ha trasmessi venga poscia ad essere rivocato, risoluto o rescisso in pro dell'antico proprietario (art. 933, 1080, 1088, 1308, 1511). Ma non è nel vero il Laurent così affermando. — La proprietà di colui il cui titolo vien dichiarato inefficace, rescisso, rivocato o risoluto non cessa *ex nunc*, cioè dal momento della trascrizione della dimanda dell' avente diritto, com' egli sostiene; ma cessa invece *ex tunc* dal-

(30) Laurent, VI, n. 111.

l'istante cioè del trasferimento. Se i diritti legittimamente acquistati dai terzi non vengono a risolversi, ciò non ha luogo perchè il proprietario apparente abbia, sino al momento della trascrizione della dimanda, un diritto effettivo sulla cosa. Ma avviene, piuttosto, per proteggere la buona fede dei terzi, togliere ogni causa d'inceppamento alla facile trasmissione della proprietá immobiliare; promuovere, sotto pena di restare delusi nell'esercizio dei loro diritti, gl'intenti operosi nelle parti interessate; sottrarre alle sorprese e ai colpi di mano le giuste aspettative dei legittimi acquirenti; ed assicurare infine, colla certezza di non poter essere turbati nei diritti regolarmente acquistati, quando dal titolo costitutivo di proprietá di colui che trasferisce non risulti in modo evidente di essere negata del tutto, ristretta o subordinata a qualche condizione in quest'ultimo la facoltá di disporre, il credito nelle transazioni sulla proprietá fondiaria. Ed è ciò tanto vero, che se la legge libera i terzi, legittimi acquirenti, dalla persecuzione del vero proprietario, non libera egualmente colui il cui acquisto viene a rescindersi, risolversi od essere rivocato dall'obbligo di risarcirlo dei danni ed interessi, che quegli può per avventura avere risentito dalla perdita della sua proprietá. Il proprietario, in una parola, se non ricupera la sua proprietá nella forma specifica, per non turbare il pacifico possesso dei terzi, la riacquista però nella forma generica, mediante l'equivalente che ha il diritto di pretendere da colui che l'ha indebitamente alienata o gravata di ipoteche. La qual conseguenza sarebbe assurda, oltrechè iniqua, se colui che nel fatto ha trasmesso potesse dirsi di avere il diritto di disporre legittimamente della cosa sino alla trascrizione della domanda di rescissione, risoluzione, rivocazione, ecc.

Si applichi il medesimo principio per gl'immessi nel possesso definitivo dei beni dell'assente. Anche qui il Laurent rav-

visa un caso di proprietà temporanea, poichè l' assente, laddove ritorna, è tenuto a rispettare le alienazioni ed i pesi reali imposti sopra i suoi beni (31). Ma l' art. 39 del codice italiano, corrispondente all' art. 132 del codice napoleonico, è la maggiore confutazione della sua dottrina. Son queste le parole: « Se dopo l' immissione del possesso definitivo l' assente ritorna od è provata la sua esistenza, egli ricupera i beni nello stato in cui si trovano, ed ha diritto di conseguire il prezzo dei beni alienati, ove sia tuttora dovuto, o quelli nei quali sia stato investito ». Siffatta conseguenza, vogliamo ripeterlo, sarebbe inammissibile dove potesse per poco ritenersi vero ed effettivo proprietario l' immesso nel possesso definitivo dei beni dell' assente. Ma la legge provvida ha voluto conciliare un doppio interesse: quello degl' immessi, evitando che divenga causa di loro rovina ciò che doveva essere sorgente di vantaggio e di benefizio per loro; quello dell'assente, autorizzandolo a ricuperare ciò di cui i primi abbiano potuto arricchirsi a suo danno. E soprattutto ha voluto garantire i diritti legittimamente acquistati dai terzi che, avendo adempiuto pienamente ai precetti della legge e dell' equità, non debbono risentire nocumento da un ordine di fatti sopravvenuti senza loro causa ed a loro insaputa.

Ed infine pare indegna della mente e dell' elevatezza del Laurent la terza ipotesi di proprietà temporanea ch' egli addita nel caso in cui l' usufruttuario, per causa di abuso, decade dal godimento della cosa avuta in usufrutto (32). L' usufrutto non è tutta la proprietà, ma invece uno smembramento temporaneo della medesima: che siffatto smembramento cessi prima o dopo è una mera accidentalità, la quale, senza punto offendere il ca-

(31) Laurent, VI, n. 111.
(32) Laurent, loc. cit.

rattere perpetuo della proprietá, conferma piuttosto l'indole temporanea dell'usufrutto. Eppoi, se si dovesse esser logici, nessuna specie di proprietà, seguendo la dottrina del Laurent, potrebbe sfuggire al pericolo di essere temporanea, poichè nell'istante di ogni trasferimento finisce il dominio di uno per cominciare quello di un altro proprietario: onde il dominio del primo potrebbe dirsi benissimo a tempo e si dirá anche tale, quando, per atto tra vivi o a causa di morte, sará pure cessato quello del secondo. Ma di fronte all'assurdo non vi ha argomentazione che regga, e noi non insistiamo oltre.

Da tutto ciò possiamo cavare una conseguenza inconcussa, opposta perfettamente a quella che, da diversa premessa, ha cavato il Laurent. Egli, cioè, additando le tre ipotesi sopra enunciate come veri casi di proprietá temporanea per ministero di legge, nulla vieta, conclude, che la proprietá possa divenire anche temporanea in virtù delle convenzioni dei privati (33). Noi crediamo invece che, essendo la perpetuitá un carattere essenziale della proprietá, come la legge così neanche i privati possono, senza snaturarla e falsarla nel suo vero concetto fondamentale, costituirla a tempo. Il diritto temporaneo che possa vantarsi sopra una cosa esclude onninamente ogni nozione di proprietá, la quale implica un legame assoluto tra la persona e la cosa, legame assoluto di padronanza che la prima esercita sulla seconda, e che il tempo, anzichè troncare, mantiene ed afforza. Ogni altro dritto meramente temporaneo sopra un'obbietto, se non è uno smembramento della proprietá, epperò un diritto reale, presenta di necessitá i caratteri di un rapporto semplicemente personale, in quantochè il proprietario può essersi obbligato a lasciar godere per un certo tempo la cosa che gli appartiene. Ma di pro-

(33) LAURENT, VI, n. 112.

prietà piena ed assoluta non può farsi quistione, poichè essa non sa concepirsi disgiunta dal concetto della perpetuità.

Il Laurent, pertanto, lasciandosi vincere dalle apparenze, ha sentenziato che la perpetuità, anzichè un carattere di essenza, costituisca piuttosto un carattere naturale della proprietà; e che quindi come la legge, nei tre casi da lui additati, anche i privati in virtù di convenzioni o per testamento, possano in altri casi costituire una proprietà rivocabile o a tempo. Ma come possa conciliarsi *il diritto di disporre delle cose nella maniera più assoluta* che l'art. 436 del cod. civ. italiano, conforme all'art. 544 del codice napoleonico, pone come elemento essenziale della proprietà, con un diritto condannato inevitabilmente a cessare nel tempo, e che perciò nulla ha di assoluto, noi non sappiamo vedere. La legge in nessun caso, per quanto ci costa, ha osato sconoscere l' evidenza di siffatto principio, che mette radice nella necessità sociale di assicurare al dominio sulle cose quella libertà, che è indispensabile tanto per accrescere la produzione della ricchezza mediante la certezza di potere in qualsivoglia tempo godere pienamente dei frutti del lavoro e del capitale investito. E se la legge non si è attentata in nessun modo di derogare all' assolutezza di siffatto principio, molto meno tale facoltà potrebbe riconoscersi nei privati. Onde ci par facile il concludere che debba riputarsi nulla qualunque convenzione miri a rendere rivocabile od a tempo il diritto di proprietà (art. 1160); e per non apposte nel testamento quelle condizioni che tendano al medesimo fine (art. 849); poichè in ambo i casi verrebbe violata apertamente la disposizione esplicita dell' art. 436.

Non è questa la prima volta che il Laurent, facendo a fidanza coll' autorità del suo nome, usi prorompere in affermazioni troppo arbitrarie, e che fanno pieno contrasto colle disposizioni legislative. In altro luogo abbiamo avuto occasione di por-

gerne un saggio (34); qui ci si consenta di porre in rilievo un'altra inconseguenza dell'illustre scrittore. Il concetto è assai semplice: o il diritto assoluto di disporre è un elemento essenziale ed inerente alla proprietá, ed è bene che lo sia in tutti i casi; o no, ed allora in nessun caso bisognerebbe considerarlo come tale. Ora piace al Laurent di affermare che possa efficacemente per contratto o per testamento stabilirsi dai privati una proprietá temporanea o rivocabile, senza che venga per nulla alterato nella sua essenza il concetto della medesima; quando poco innanzi (35) si trova d'avere respinto sdegnosamente una dottrina del Troplong, la quale ammette che debba ritenersi efficace la clausola posta in un contratto o testamento allo scopo di proibire per un certo tempo l'alienazione della proprietá (36). Riesce difficile il comprendere come nell'un caso affermi e nell'altro neghi il modo assoluto, quando già in entrambi si tratta di togliere o di menomare il potere di disporre nel proprietario. Anzi più nel primo che nel secondo; poichè in quel caso si avrebbe un proprietario non proprietario; mancando del tutto in lui il diritto di disporre appunto perchè soggetta a cessare col tempo la sua proprietà, a costituire l'essenza della quale non basta il semplice diritto di godere, se ad esso non vada congiunto altresì quello di disporre. Mentre nel secondo caso, al contrario, il diritto di disporre verrebbe limitato soltanto per un certo tempo, finito il quale esso si ripresenta in tutta la sua integrità. Una proprietà costituita a tempo manca di uno dei suoi elementi integranti, e non può dirsi completa; una proprietà invece della quale sia proibita l'alienazione per un certo tempo

---

(34) E. Cimbali, Del possesso per acquistare i frutti, Napoli, Marghieri Edit. 1879, Parte I. Cap. 11, n. 38 a 43, pag. 91 a 103.
(35) Laurent, VI, n. 103.
(36) Troplong, Donazioni e testamenti, n. 271.

possiede pienamente i suoi due fattori, se nonchè subisce una lieve restrizione, la quale per nulla pregiudica la sostanza della medesima. Nell' un caso il concetto della proprietà non sorge intero se prima non sia rivocata; nell' altro all' opposto si presenta completo sin dal suo nascere, poichè il divieto temporaneo di potere alienare è una semplice accidentalità che modifica ma non distrugge il diritto assoluto di disporre. Se il rispetto della logica è il dovere di tutti, di esso debbono darne l' esempio i grandi, prima che i piccoli, perchè abbiano diritto ad essere rispettati da questi essi medesimi.

Poichè abbiamo trattato in questa parte delle facoltà inerenti al diritto di proprietà, non ci sembra soverchio ricordare com' esse sono per loro natura imprescrittibili; tali, cioè, che il semplice non uso non è, da solo, atto a produrne l' estinzione, quando non consti che altri abbia, nel termine indicato dalla legge, acquistato un diritto contrario mediante la breve o la lunga prescrizione (37).

II.

L' idea del limite risponde ad una grande legge della natura. Ogni essere del mondo, ogni forma di vita e di attività si presenta sempre limitata nella sostanza, nel fine, nella durata specifica della sua esistenza, nelle singole espressioni della sua individualità. Vi è un centro limitato di azione in cui ciascun essere, ciascun organo, ciascun elemento, ciascun atomo si mostra, vive, si agita, opera, compie regolarmente la sua funzione senza essere d' impedimento agli altri, anzi coordinandosi cogli altri, perchè tutti contribuiscono a produrre la meravigliosa armonìa

(37) AUBRY et RAU, vol. II, § 191, pag. 179.

della natura. Esiste dunque una legge del limite, la quale si palesa così nei grandi come nei piccoli organismi; legge alla quale nessun essere, qualunque sia la sua forma e la sua sostanza, può menomamente sottrarsi. E, se non è ardito il nostro pensiero, osiamo ancora affermare che la legge del limite si rivela più attiva, più potente, più necessaria, più efficace, più sensibile, quanto più gli organismi sono complicati, meglio costituiti e più perfetti. Mano mano difatti che c'innalziamo dalla bassa scala degli animali, dove s'incontrano delle masse viventi nelle quali tutte le parti sono simili, e che, vivendo ed aumentandosi all'istesso modo senza prestarsi aiuto reciproco fra di loro, ci offrono piuttosto l'idea di un aggregato anziché di un organismo; vediamo gradatamente ciascuna parte, modificandosi, perdere la similitudine originaria ed acquistare una forma, una qualità diversa, un'attitudine speciale a compiere una determinata funzione. Queste differenze di funzioni e di strutture, che prima sono poco numerose e poco sensibili, divengono più precise e più numerose a misura che l'organizzazione si perfeziona, rendendosi al tempo istesso più adatte ad un ufficio distinto. Cotesto ch'è fenomeno biologico, si porge eziandio qual fenomeno sociale. Come la società in generale, cosí le varie istituzioni della medesima, nei diversi periodi storici, si son venute grado grado specificando mediante una divisione, ognor più crescente, di funzioni, di servizi, di organi. La qual cosa ha fatto sì che dallo stato d'indipendenza, la quale è il risultato della uniformità di attitudine e di qualità, si sia passato per gradi a uno stato di dipendenza, di connessità, di subordinazione, che è l'effetto inevitabile della distribuzione e del coordinamento delle diverse attitudini acquistate mediante l'adattamento, e delle determinate funzioni diverse che si compiono.

Questa, che è la storia dell'umano progresso, è pure la

storia della proprietà. I suoi limiti si son venuti mano mano svolgendo in varia guisa conforme alle diverse evoluzioni che essa ha fatto nella storia, ed hanno pigliato sempre più una forma più adatta, meno fittizia e più razionale.

Nei tempi selvaggi dell' umanità, quando agli uomini, ancor nomadi, fu, mestieri cibarsi dei frutti spontanei della terra, della caccia e della pesca, l' idea del limite la troviamo nella forza: tutti si contendono all' istesso modo la medesima cosa; chi è più gagliardo la conquista ed impedisce che altri gliela tolga. Costituitesi le prime convivenze sociali, l' idea del limite si palesa nel semplice diritto di godimento che hanno gl' individui di fronte al diritto di proprietà, che è nella comunanza. Questo stato, che è proprio delle società incipienti, trova riscontro, sotto un certo aspetto, in Oriente, dove il despota o la casta che governa ha il dominio del territorio, e i cittadini non sono che semplici utenti. Svolgendosi ancor meglio il concetto della proprietà, da collettiva essa diviene privata; ma l' idea del limite consiste nell' azione esercitata dallo Stato per conservare la eguaglianza delle fortune dei cittadini, impedendo ad ogni costo e in tutti i modi ch' essa possa venire menomamente turbata. Di ciò ne offre esempio luminoso la Grecia dei primi tempi. Ma in seguito, col trionfo dell' individualismo, la eguaglianza delle fortune cessò; e l' ineguaglianza della proprietà, la quale non trovava in sè limiti adatti al nuovo assetto di cose, producendo una guerra spietata tra le diverse classi sociali, condusse miseramente alla caduta ed al dissolvimento della Grecia. — Il rimedio che la società greca non seppe trovare all' irrompere della proprietà privata, che dovea divenire poscia l' assetto normale di tutte le società progredite, fu trovato in Roma — la conquista. Mediante la conquista, Roma potè avere sempre a sua disposizione un immenso territorio, l'*ager publicus,* da distribuire; e così essere in grado di poter soddisfare

alle nuove dimande di proprietà che sorgevano da ogni parte. Fu questo il limite della proprietà nel mondo romano, limite che, consistendo nella possibilità di potersi costituire sempre una novella proprietà a fianco di quella già costituita, impedì a quest' ultima di rendersi tirannica. Ma spentosi col tempo il genio della conquista, e cessata la ripartizione dell'agro pubblico, questo limite, ch' era fittizio, cessò del tutto, e la società romana cadde in preda all' anarchia. Si ricorse alle confische dagl' imperatori, ma nulla potè impedire l' estendersi e la tirannia del latifondo: col latifondo cadde la società romana: *latifundia perdidere Italiam*. L' eredità del mondo romano passava ai barbari, che rappresentano, ci si permetta l' immagine, lo sprigionarsi degli elementi che trovavansi combinati e racchiusi in quel vasto corpo; elementi liberi tumultuosi, anarchici che cercavano nuovi centri più adatti per ricostituirsi. I barbari, ricalcando il territorio romano, ne divengono essi i proprietari, essi che l' avevano conquistato colla forza. Pare fossimo di nuovo ricacciati alle origini dell' umanità; ma non è così. Il periodo feudale, che sembra sottrarsi ad ogni legge e ad ogni principio di disciplina, ha pure le sue leggi, come in ogni altra cosa, anche nell' assetto e l' ordinamento della proprietà. Il signore del feudo era a un punto il proprietario della terra e il sovrano della piccola società cui presiedeva: la proprietà si collegava a una funzione, ed in ciò appunto consiste il limite della medesima, che era la rimunerazione di un servizio che dovea prestarsi dal signore, sia portando le armi a pro del principe, sia mantenendo l' ordine e rendendo la giustizia ai suoi soggetti. Il feudo, che prima era vitalizio divenne poscia ereditario, e con esso ereditarie le funzioni e i carichi che vi stavano annessi. Il medesimo principio si applicava ai servitori della gleba, che costituivano allora la massa della popolazione: lavorando per un dato numero di giorni nel campo del signore potevano impiegare il re-

sto della settimana nella coltivazione dei loro piccoli terreni, che avevano ricevuto in cambio dei servizi che doveano prestare.

Suol considerarsi sovente il Medio Evo come un' epoca di regresso, senza punto pensare che nel suo grembo si sono elaborati e svolti tutti gli elementi onde dovea comporsi poscia la costituzione della società moderna. È appunto in quell' epoca di dissoluzione che vediamo ripartirsi il lavoro sociale, costituirsi i piccoli organi, adattarsi alle più varie e disparate funzioni. Il commercio, l' industria, l' agricoltura sono debitori al Medio Evo se hanno potuto acquistare un impulso e uno svolgimento tutto proprio. A misura che colla società si trasformava anche l' assetto della proprietà, alle piccole limitazioni locali vediamo sostituirsi le grandi limitazioni sociali, le quali gradatamente divengono più comuni, più consistenti, meno arbitrarie e più uniformi. Così il diritto signorile di caccia, quello del vago pascolo, il diritto dei popolani di pascolare e di far legna nei boschi del signore o delle comunità, l' istituzione dei maggioraschi e dei fedecommessi esprimono già un' evoluzione compiutasi nel diritto di proprietà, il quale si costituisce più libero e più indipendente dai vincoli fittizi ed arbitrari del periodo feudale. Al sorgere delle grandi monarchie, la proprietà, che trovasi meno gravata dei vincoli feudali, soggiace ad un altro genere di limitazioni: il diritto eminente dello Stato su tutto il territorio nazionale. Donde le imposte gravose e le confiscazioni, i diritti di regalia, le discipline sui boschi, i regolamenti sull' ordine delle culture e sul tempo dei ricolti, il divieto di esportare le derrate dal territorio nazionale.

La proprietà privata, qual trovasi oggi costituita, non è solo la riproduzione pura e semplice della proprietà quiritaria, come generalmente si crede; ma ha ancora qualcosa della feudale. Dall' una acquistò il tipo astratto del diritto assoluto di proprietà; dall' altra invece ereditò i limiti cui dee regolarmente soggiacere,

perchè si renda meno eccessiva nel suo esercizio, perchè le funzioni dell' una non siano di ostacolo e di turbamento a quelle dell' altra; e, infine, perchè gli effetti della proprietà privata non siano in discordia colle esigenze dell' ordine pubblico e del pubblico interesse. L' idea del limite è passata come principio, o meglio come correttivo del diritto assoluto di proprietà; ma nel fatto le limitazioni arbitrarie del diritto feudale hanno ceduto il luogo a limitazioni più razionali e più consentanee all' ordine presente di cose nel diritto moderno.

Bisogna ravvisare un doppio elemento nella proprietà: l' uno individuale, l' altro sociale. Al primo corrisponde la somma dei diritti che il privato può sovranamente esercitare sulla cosa sua; dal secondo promanano la serie degli obblighi e delle restrizioni ch' egli deve sopportare nell' esercizio della sua proprietà, nel fine di assicurare a tutti i proprietari l' armonica coesistenza dei loro diritti, e di coordinare l' interesse privato coll' interesse pubblico o meglio di evitare il conflitto tra il diritto del particolare e quello della comunanza. Una proprietà senza limiti sarebbe tirannica nel rapporto coi privati, anarchica in quello colla società. Noi non lice, senza usurpare il campo di altre discipline, studiare i limiti che alla proprietà, nelle condizioni in cui oggi si trova, si addirebbero meglio; c' incombe invece il debito di mettere in rilievo quali sono nel fatto le limitazioni che la legislazione italiana impone alla medesima. Semplici espositori di cose positive, non abbiamo il diritto di elevarcene a censori. Vediamo dunque d' adempiere al debito nostro.

E in primo luogo l' incapacità in cui, a causa di minore età o di demenza, si trova il proprietario, non costituisce vera e propria limitazione al diritto di proprietà; poichè la sostanza o il pieno godimento del diritto nessuno è che gliel contende; quel

che gli manca è il semplice esercizio (38). Nè debbono considerarsi quali veri casi di limitazione alla proprietà, come opina il Pothier (39), quelli in cui la medesina cosa, oltre al diritto del proprietario, si trovi contemporaneamente soggetta a diritti reali di altre persone. Poichè in siffatta ipotesi, secondo osserva rettamente il Laurent (40), il diritto del proprietario non è più assoluto trattandosi di una proprietà smembrata. Ed aggiungiamo noi, che i casi di smembramento del diritto di proprietá confermano meglio il potere assoluto che il proprietario ha sulla cosa sua; poichè, essendo il risultato e l'espressione del suo libero volere, provano ad evidenza come nulla osta a che egli disponga, secondo meglio gli aggrada, della sua proprietà. Vere limitazioni della proprietá adunque non sono quelle che derivano dalla libera volontá dei privati, ma quelle che promanano invece dall'autoritá della legge: solo la legge, qual'espressione di necessitá sociale, può mostrarsi come vero limite della libertá individuale. E su di ciò non è luogo ad uscire in vane escogitazioni, quando possiamo citare la disposizione tassativa dell'art. 436 del codice, il quale, dopo aver detto che « la proprietá è il diritto di godere o di disporre delle cose nella maniera più assoluta » soggiunge: « purchè non se ne faccia un uso vietato dalle leggi o dai regolamenti ». Dunque la legge e i regolamenti sono la doppia fonte delle limitazioni al diritto assoluto di proprietá: vediamo un poco in che esse consistano.

Distribuendole per classi siffatte limitazioni, riesce agevole affermare come talune di esse siano la conseguenza immediata del rispetto dovuto al diritto altrui: altre mirino a mantenere alti i legami di sangue, la solidarietá degl'interessi e la moralità della famiglia; nella terza categoria debbano collocarsi quelle che

(38) Pothier, op. cit., n. 7; Pacifici-Mazzoni, op. cit., 87.
(39) Pothier, op. cit., n. 8.
(40) Laurent, VI, n. 136.

tendono a disciplinare, mantenendolo nei limiti segnati dalla natura, il diritto di proprietà, in guisa che tutti possano usarne nel modo più produttivo e più conforme al suo fine; sia nell' interesse particolare, sia anche nell' interesse generale; alla quarta categoria appartengano le privative; alla quinta quelle limitazioni che sono consigliate da considerazioni d' igiene, di sicurezza e di edilità pubblica; e nella sesta infine possano enuclearsi quelle che sono la conseguenza necessaria del diverso obbietto su cui il diritto di proprietà si concreta. Diciamo di ciascuna rapidamente.

La prima serie di limitazioni al diritto di proprietà consiste nel divieto fatto al proprietario di recare, nell' esercizio del diritto proprio, pregiudizio alcuno alla proprietà altrui. Non è però qualunque pregiudizio, in astratto, possa recarsi al diritto altrui che dee considerarsi come limitazione al diritto assoluto di proprietà; ma quello bensì che, lungi dal costituire l' esercizio di un diritto proprio, costituisce invece la violazione del diritto altrui. *Nullus videtur dolo facere qui jure suo utitur* (41). *Nemo damnum facit, nisi qui id fecit quod facere jus non habet* (42). Questo principio, sebbene non tutti lo facciano rilevare colla medesima chiarezza, è ammesso generalmente dagli scrittori (43). Ma se il proprietario di una cosa, pur usando della sua proprietà compie degli atti rivolti unicamente a recare pregiudizio alla proprietà del vicino, senza che egli ne ricavi profitto alcuno, può essere impedito in siffatte operazioni, e nel caso che già le abbia compiute, può essere obbligato a distruggere le opere nocive e a risarcire i danni arrecati? Il Laurent decide che sì (44), e noi

(41) Fr. 55, Dig., de reg. jur., 17.
(42) Fr. 151, Dig., eod.
(43) AUBRY et RAU, II, § 194 pag. 194; POTHIER, op. cit., n. 13; LAURENT, VI. n. 136 e seg.; PACIFICI-MAZZONI, op. cit., n. 87; BORSARI, op. e vol. cit. § 843.
(44) LAURENT, VI, n. 140.

conveniamo pienamente con lui, poichè il diritto è una funzione ordinata, la quale, quando non si esercita conforme al fine cui è diretta, perde il carattere della sua legittimità. L'adagio tanto abusato: *unusquisque est rei suae moderator et arbiter* bisogna subordinarlo sempre all'altro non meno importante: *malitiis hominum non est indulgendum*. Ma conveniamo altresì col Goudsmit (45) nel riconoscere che è sommamente difficile il provare come colui ch'esercita, nei limiti della sua proprietà, determinati atti, non abbia interesse alcuno a compierli, tranne quello solamente di voler portare nocumento alla proprietà del vicino.

Nella seconda classe di limitazioni alla proprietà abbiamo allogate quelle per cui viene ristretto entro certi confini o subordinato a certe condizioni il potere giuridico di disporre delle cose proprie per considerazione ai diritti, alla moralità e agl'interessi solidali della famiglia. Così la legge vieta al genitore di disporre per testamento o per donazione oltre la metà del suo patrimonio costituendo l'altra metà la porzione riservata ai figli legittimi (art. 805); al figlio di disporre di oltre i due terzi dei propri beni, devolvendosi l'altro terzo, come riserva, ai genitori o ad altri ascendenti legittimi (art. 807); al coniuge che premuore di disporre di tutto il suo patrimonio, spettando su di esso una quota in usufrutto, variabile secondo i casi, al coniuge superstite (articoli 812, 813, 814); e al genitore naturale infine di disporre oltre la quota in proprietà che viene riserbata ai figli naturali (articoli 815, 816). Del pari non si permette disporre in pro dei figli nati fuori matrimonio, dei quali non é ammesso il riconoscimento legale, oltre i semplici alimenti (art. 767); in pro del tutore se prima non sia stato approvato il conto definitivo della sua gestione (art. 769); in pro del coniuge binubo di una porzione maggiore di

(45) Goudsmit, Cours des Pandectes, vol. 1, pag. 222, n. 3.

quella lasciata al meno favorito dei figli del precedente matrimonio (art. 770). Ed ancora la legge vieta all' uno dei coniugi di fare donazione a favore dell' altro durante il matrimonio (art. 1054): la moglie non può alienare beni immobili o sottoporli ad ipoteca senza l' autorizzazione del marito, ed in certi casi del tribunale (art. 134 e 136): i beni dotali non possono alienarsi nè obbligarsi se non coll' autorizzazione del tribunale e solo nei casi di necessità od utilità evidente (art. 1405). Ed infine è inibito al prodigo di compier sui propri beni qualunque atto eccedente i limiti della semplice amministrazione, senza l' assistenza di un curatore (art. 339); ed agl' interdetti legalmente è tolta la capacità di amministrare, alienare, ipotecare i loro beni o disporne altrimenti che per testamento, e di percepire su di essi un sussidio ch' ecceda la semplice misura degli alimenti (art. 3. Dispos. transit. per l' attuaz. del Cod. civ.).

La terza categoria comprende quelle limitazioni che la legge porta al privato dominio sia per coordinarlo, con altri diritti di proprietà egualmente rispettabili; sia rendendolo meno esclusivo e più atto a poter coesistere e funzionare in correlazione colle proprietà circostanti, limitando ed essendo limitato, per mire d' interesse pubblico o privato; sia subordinandolo al diritto superiore della comunità. Onde nel primo caso abbiamo talune delle disposizioni relative all' accessione, le quali in fondo servono a conciliare i diritti in contrasto di più proprietari, obbligandoli, per evitare maggiori danni, ora a rinunziare al riacquisto della cosa propria, ora a ritenere la cosa altrui mediante un ragionevole equivalente (articoli 445, 449, 450, 451, 452, 464, 466, 468, 469, 470, 471, 472, 473). Anche l' acquisto dei frutti al possessore di buona fede può, non a torto, considerarsi come limitazione al diritto di proprietà (art. 703).

Nel secondo caso ci si presentano le servitù legali, le quali

mirano a disciplinare la proprietà fondiaria, ad organizzarla, ad imprimerle una maniera di essere conforme ai bisogni sociali (46). Scrive in proposito Carlo Comte: « Gli autori del Codice civile hanno certamente commesso un errore nell' annoverare tra le servitù queste reciproche obbligazioni dei proprietari. Un uomo non è schiavo per essergli interdetto di fare della sua persona un uso che rechi pregiudizio alle altrui persone. Siffatta interdizione è anzi una condizione essenziale della libertà di tutti, e nemmeno può dirsi che una proprietà è sottoposta a servitù, solamente perchè dal proprietario non può farsene un .uso che sia per nuocere alle proprietà limitrofe. La servitú avrebbe luogo realmente se un tal uso non potesse impedirsi, e questa servitù potrebbe divenire anche onerosa molto » (47) Le servitù legali adunque non sono che delle limitazioni derivanti dalla necessità di coordinare la proprietà, in modo da costituire un' organismo in cui vi sia diversità di funzioni e di uffizi, ed un ricambio reciproco di servizi fra tutte che non altera per nulla l' integrità di nessuna. Altra volta questa ingerenza dell' autorità sociale si è manifestata col determinare l' indole e l' ordine delle culture e il tempo dei ricolti, nel fine di rendere meno grave l' uso della proprietà in un' epoca in cui, mancando le vie e i mezzi facili di comunicazione, doveano, nessariamente, uomini, animali e derrate passare per la proprietà del vicino. Oggi invece essendosi sviluppate, colla coltura intensiva, le vie e i mezzi facili di trasporto e di coltivazione, i proprietari conservano incontrastato il diritto di coltivare nel loro campo i prodotti che più si confanno al suolo ed al clima, procurandosi in cambio gli altri, di goderne e disporre nel modo più largo. Ma d' altra parte, in conseguenza

(46) Aubry et Rau, II, § 194, pag. 194; Dalloz, Repert., propriété, n. 147; Demolombe, vol. V, 555.
(47) Comte, Trattato della proprietà, cap. XXVI, pag. 177.

della maggiore specificazione della proprietà, son tenuti sottostare a certe restrizioni, le quali, lungi dall' asservire, rendono più adatte al loro fine speciale le singole proprietà mediante la reciprocanza dei servizii che si prestano fra loro. Ecco il fondamento e l'uffizio delle servitù legali. Basta citare solo certe servitù, come quella che vieta al proprietario di acque il diritto di poterle divertire, dopo essersene servito, in modo che si disperdano a danno di altri fondi a cui sarebbero profittevoli senza essere di pregiudizio al proprietario (art. 545); e le altre importantissime di acquidotto per le necessità della vita o per usi agrari e industriali (art. 598); per lo scarico di acque soprabbondanti (art. 606); per opere di prosciugamento o di bonificazione delle terre (art. 609), per porre in rilievo il grande progresso che, per questa parte, si compendia nel codice italiano. E sebbene non consacrate nel codice civile, rappresentano pure un grande progresso quelle disposizioni, per cui vengono costituiti dei consorzii obbligatori, nel fine di preservare le proprietà limitrofe dalle corrosioni dei fiumi non arginati e dei torrenti; come pure per provvedere all' arginatura di qualche tratto di fiume e di quei piccoli corsi d'acqua che interessano un limitato territorio (art. 96, 105 e seg. Legge sulle opere pubbliche); e le altre per cui si ordinano anche dei consorzi obbligatori all' oggetto di provvedere allo scolo, bonificamento o migliorie dei terreni (art. 128, 129 e 130 leg. cit.).

Ma vi ha ancora un altro caso notevole di limitazione alla proprietà privata, quello dell' espropriazione per causa di pubblica utilità. Il diritto di espropriazione si è voluto spiegare dai fautori dell' onnipotenza dello Stato col dominio eminente che gli spetta su tutto il territorio nazionale (48); ma oggi questa teoria

(48) Vattel, Droit des gens, livre 1, chap. XX, § 235, 244; Heffter, Droit public d'Europe, § 64, 69, 70.

non è più in voga. « Allorchè considerisi, scrive un egregio economista, come la proprietà individuale acquista socialmente tutta la sua efficienza, si fa manifesto che nessuna proprietà sta da sè, indipendente, isolata, ma tutte in corrispondenza e reciprocanza tra loro » (49). Il diritto di espropriazione rappresenta il predominio dell' elemento sociale sull' elemento individuale, il quale non viene sacrificato ma modificato. Lo Stato nulla usurpa per sè, ma commutando l' obbietto della proprietà di alcuni, assicura a tutti i poteri circostanti un grado maggiore di prosperità e di rigoglio, quando pure non trattasi di salute e di sicurezza pubblica. Il diritto di espropriazione per causa di pubblica utilità è consacrato dallo statuto (art. 29): il codice civile aggiunge (art. 438) che il proprietario non può essere costretto a cedere la cosa sua, se la pubblica utilità non sia legalmente riconosciuta e dichiarata, e non preceda il pagamento di una giusta indennità. Ma le regole relative al modo di procedersi alla dichiarazione di pubblica utilità, alla giusta estimazione delle cose ed al pagamento delle indennità dovute ai proprietarii espropriati sono dettate dalla legge del 25 giugno 1865.

Si è discusso abbastanza se l' autorità competente a giudicare della pubblica utilità sia il potere legislativo, come in Inghilterra, ovvero il potere esecutivo come in Francia (50). In Italia è prevalso un sistema di conciliazione, poichè si richiede una legge per certe opere di grande interesse nazionale, e per quelle altresì che non possono eseguirsi, se non imponendo un contributo ai proprietari dei fondi confinanti o contigui alle medesime (art. 9, leg. cit.). Ma basta però un atto del potere esecutivo per le altre di minore rilievo (art. 10, 11 e 12 leg. cit.). — La espro-

(49) Lampertico, La proprietà, capit. III, n. 5.
(50) Bluntschli, Diritto Pubblico Universale, vol. I, pag. 198 a 204.

priazione per causa di utilità pubblica, che ordinariamente ha luogo sugl' immobili, può benissimo ancora esercitarsi sui mobili (51). Un esempio di tal natura, se mal non ci avvisiamo, si trova nella legge del 1.° ottobre 1873, in virtù della quale tutti i cittadini dello Stato hanno l' obbligo di cedere al governo i cavalli e i muli atti al servizio militare mediante pagamento a prezzo di stima.

La quarta categoria delle limitazioni imposte alla proprietà ci viene somministrata dalle privative; di cui esempio notevole in Italia sono quelle sui sali e sui tabacchi, regolate dalla legge del 13 Luglio 1862. Può contestarsi nell' ordine economico la produttività di siffatte industrie che lo Stato esercita ad esclusione dei privati; ma nell' ordine finanziario, essendo esse dettate da alte considerazioni, e spesso da supreme necessità d' interesse nazionale, bisognano tollerarsi come un' imposta che, non trovando altra materia imponibile nello Stato, ricorre alla forma della privativa per attuarsi.

Nella quinta classe di limitazioni alla proprietà vanno noverate quelle che riguardano l' igiene, la sicurezza e la edilità pubblica. Queste limitazioni vengono spesso determinate da atti del potere esecutivo o di corpi amministrativi; onde suol dirsi che sono imposte per via di regolamento, locuzione anche adoperata dall' art. 436 del codice civile. Ma è assurdo ed illogico, oltrechè iniquo, che la proprietà privata, la quale è inviolabile secondo lo statuto ed è circondata di tante guarentige dal codice civile, possa essere, ad arbitrio, impunemente violata e manomessa per mezzo di semplici regolamenti. Questo senso di stupore però cessa per poco si ponga mente, come il regolamento non crea di suo capo vincoli e restrizioni alla proprietà; ma si limita solo

(51) DEMOLOMBE, vol. V, n. 558; PACIFICI-MAZZONI, op. cit., 93.

a riconoscere, se nei casi speciali si debbano applicare all' uso della proprietà privata quelle limitazioni che la legge stabilisce da sè. Ed in certi casi in cui i corpi locali possono stabilire dei limiti all' esercizio della proprietà (come avviene nei provvedimenti edilizii) oltrechè abbisognano della superiore approvazione per essere efficaci (art. 138, n. 6, leg. com. e prov.) non trattasi che di lievi modificazioni accidentali le quali per nulla offendono la sostanza del diritto di proprietà; ed è la legge stessa che conferisce tale facoltà, determinando altresì gli obbietti, su cui il diritto di regolamento si può esercitare.

Così, per l' articolo 1 della legge 12 giugno 1866 sulle risaie, la coltivazione del riso è permessa alle distanze degli aggregati di abitazione e sotto le condizioni prescritte nell' interesse della pubblica igiene da regolamenti speciali, che, sentiti i consigli comunali e sanitari delle provincie, sono deliberati dai consigli provinciali ed approvati dal Re, previo il parere del consiglio superiore di sanità e del consiglio di Stato. Per l' art. 88 della legge sulla sicurezza pubblica la deputazione provinciale, a richiesta della giunta municipale, o di persona interessata, dichiara quali manifatture, fabbriche e depositi debbono considerarsi come insalubri, pericolosi ed incomodi. Per l' art. 89 della legge stessa, nessuno può, salve le leggi sulle privative dello Stato, fabbricare polvere da fuoco od altre materie esplodibili, nè tenerne in deposito una quantità eccedente cinque chilogrammi, senza permesso dell' autorità provinciale di pubblica sicurezza. Per l' art. 19 della legge sulla sanità pubblica, i consigli sanitari, avendo indizio di alterazioni nocive in sostanze destinate ad alimento o rimedio, o di preparazioni che possono in qualche modo pregiudicare la sanità, ne riferiranno all' autorità superiore e si procederà alla visita delle merci sospette, delle officine, negozi o magazzini in cui si contengono. Ed ancora per l' art. 29 della

legge stessa si dà facoltà ai sindaci di vigilare agli alimenti ed alle bevande poste in commercio corrotti od alterati, od in condizioni tali da renderli nocivi; e di rimuovere gli oggetti che siano cagione d'insalubrità. Secondo la disposizione dell'art 67 della legge sulle opere pubbliche, pei tiri al bersaglio, stabilimenti ed opifizii che interessano la sicurezza o la salubrità pubblica, la distanza sarà fissata caso per caso dalla competente autorità. L'art. 87, n. 6 della legge comunale e provinciale accorda ai consigli comunali la facoltà di deliberare intorno ai regolamenti d'igiene, edilità e polizia locale.

Ed ora non ci resta che parlare dell'ultima classe di limitazioni, le quali, per loro natura speciale, possono denominarsi di efficienza. Comunemente avviene di osservare, tanto nelle legislazioni quanto negli scrittori, che la parola *proprietà* soglia adoperarsi per esprimere semplicemente la proprietà immobiliare, o meglio quella che si collega al suolo; onde la proprietà per antonomasia. Ma, per quanto importante possa essere quest'ultima, vi hanno pure altre forme di proprietà derivanti dalla diversità degli obbietti su cui il diritto di godimento e di disposizione dell'uomo viene a concretarsi. Il diritto di proprietá, come ogni altro diritto, non è una forma astratta che, qualunque sia la materia cui si applica, si conserva sempre in uno stato di assoluta immutabilitá; ma è invece un rapporto concreto, il quale varia ed assume una diversa fisonomia ed un atteggiamento diverso, secondo la natura speciale degli obbietti che cadono sotto il suo potere. L'essersi considerata come tipo generico, mentre era solo una forma specifica, la proprietá degl'immobili, e l'essersi sottoposta alle medesime regole che governano quest'ultima ogni altra espressione concreta del diritto astratto di proprietá, è derivato da ciò che l'industria agricòla, se non l'esclusiva, è stata sempre nel passato la prevalente; o, come dicevano con

ardita metafora i fisiocrati: *pâturage et lobourage sont les deux mamelles de l' État.* Col sorgere e il progredire delle novelle industrie che hanno prodotto la grande trasformazione del mondo moderno, si è venuto mano mano modificando il concetto assoluto della proprietà, e con esso le regole direttive della medesima. Si hanno perciò molte forme di proprietà, le quali, secondo la natura speciale degli elementi onde risultano e dei caratteri che le qualificano, esigono dalla legge, un trattamento del tutto diverso. Onde i limiti che sopra abbiamo chiamati di efficienza, poichè essi sono l' espressione inevitabile della diversa forma che il diritto di proprietà, cambiando di natura come cambia di obbietto, necessariamente assume. Noi non possiamo che farne un rapido accenno, per quanto ci è consentito dall' indole e dall' econonia del lavoro.

E per prima ci si presenta la proprietà dei mobili, i quali un tempo furono qualificati *vilis possessio.* L' importanza grandissima, ch' essi oggi hanno assunto nei rapporti della vita civile, ha fatto sì che, in considerazione della grande difficoltà nel potere riconoscere l' identità dei medesimi, e nel fine di agevolarne la rapida circolazione ed evitare il dispendio dei litigi, siansi dovute modificare quanto ai medesimi le regole assolute che governano la proprietà degl' immobili. Così, mentre, per questi si accorda al proprietario la facoltà di rivendicarli *penes quemcumque possessorem* (art. 439); riguardo a quelli invece è negata al proprietario l' azione di rivendicazione nel rapporto col terzo possessore di buona fede (art. 707).

Una seconda modificazione al diritto di proprietà si verifica nella scoperta del tesoro; poichè la legge stabilisce che, quando il tesoro si trova nel fondo altrui, spetta per metà al proprietario del fondo, e per l' altra metà al ritrovatore (art. 614). Questo

stesso principio era pure ammesso nel diritto romano (52). A niuno sfugge come in esso si contenga un' eccezione alla regola assoluta, che *qui dominus est soli, dominus est coeli et inferorum,* consacrato formalmente anche dal codice italiano (art. 440); secondo la quale, la proprietà del tesoro dovrebbe spettare esclusivamente al proprietario del fondo coll' obbligo di rimborsare lo scopritore dei lavori e delle spese sostenute. Ma la ragione di siffatta limitazione al diritto assoluto del proprietario si porge evidentissima, per poco si ponga mente come in siffatto caso non concorra in lui nessuno di quegli elementi che servono a giustificare la proprietà: il lavoro nell'ordine economico, e la volontà seguita da atti di possesso nell'ordine giuridico. Non poteva quindi la legge, senza infrangere i precetti di giustizia e di equità, aggiudicargli il dominio esclusivo del tesoro da altri scoperto nel fondo suo.

Altro esempio notevole di limitazione al diritto di proprietà ci vien fornito dalle leggi sulla pesca. La pesca costituisce un ramo importante dell' industria nazionale, la quale, se fosse abbandonata senza freni all' avidità indiscreta della speculazione privata, vedrebbe bentosto esaurirsi le sorgenti della sua produttività. Onde la causa delle discipline speciali che la governano, mirando a determinare il tempo, il luogo, le condizioni e gli strumenti della pesca, nel fine di agevolare la conservazione ed il perpetuarsi della specie (Legge sulla pesca; 4 Marzo 1877). Dai medesimi principî sono dettate le disposizioni restrittive della caccia. La legge difatti vieta di cacciare durante il tempo della gestazione degli animali e dell' allevamento della prole, di prender uova nei nidi degli uccelli, di usare in qualunque tempo lacci, tagliuole ed altri mezzi assai distruttivi della specie (Reg. Prov. Napolet. concernente la caccia, 18 Ottobre 1819; art. 172, n. 20 leg.

---

(52) § 39, Instit., de rer. div., II, 1.

com. e prov.). Non è fatto però divieto nè di tempo, nè di mezzi per la caccia dei lupi, delle volpi e degli orsi, i quali sono nemici così dell' uomo come dell' agricoltura (art. 175 e 180 Reg. cit.). Questi limiti li chiameremmo volentieri, col Lampertico, limiti di *preservazione* (53); poichè essi lungi dal restringere il diritto di proprietà, quando già è acquisito, mirano invece a restringere l' attività dell' uomo in certi tempi e sotto date forme nel fine di preservare quegli esseri, che o, come i pesci, costituiscono un ramo non dispregevole della industria nazionale; o che prestano, come gli uccelli, opera proficua ed efficace all' uomo ed all' agricoltura distruggendo gl' insetti nocivi.

Una limitazione ben più importante al diritto assoluto di proprietà s' incontra nel vincolo cui vanno sottoposti per parte dello Stato i boschi e le foreste. E la ragione, a chi ben guardi, si porge lucidissima. Da un lato è inconcusso che la produzione dei boschi, a differenza d' ogni altra produzione agricola o industriale, è in gran parte dovuta alle forze gratuite della natura, e solo, in proporzione assai piccola, al capitale, ed al lovoro dell' uomo. E, d' altro lato, non può negarsi come i boschi esercitino una funzione assai notevole nell' economia della natura, poichè servono a fornir legna per gli usi della vita, alle industrie ed alle costruzioni civili e militari; a mantenere la salubrità del clima, a conservare vasti e ricchi depositi d' acqua moderandone la facile evaporazione; ed infine, cosa più notevole ancora, ad impedire che il terreno frani, si scoscenda, e le acque invece di distribuirsi benefiche ai campi e agli opifizii, precipitino ruinose, producendo devastamenti e inondazioni. Da questi principî traggono origine e giustificazione i precetti, onde la legge sottopone al vincolo forestale quei boschi che possono, disboscandosi o dis-

(53) Lampertico, op. cit., cap. III, n. 8.

sodandosi, dar luogo a scoscendimenti, smottamenti, interramenti, frane, valanghe e, con danno pubblico, disordinare il corso delle acque, alterare la consistenza del suolo, oppure danneggiare le condizioni igieniche locali (art. 1, Leg. forest. 1877). Nè è consentito di ridurli a cultura agraria, se non nel caso che il proprietario provvegga ai mezzi opportuni per impedire i danni, e questi mezzi siano riconosciuti efficaci dalle autorità competenti (art. 4, leg. cit.).

Ed ora passiamo alle maniere, dove or s' inneggia alla provvida ingerenza dello Stato, or si detesta come atto di tirannia qualunque tentativo d' ingerimento. E s' invoca il diritto romano per rivendicare al proprietario del soprasuolo anche la proprietà del sottosuolo, senza por mente che siffatto principio fu riconosciuto nel primo periodo del diritto romano, quando l' industria mineraria non era ancor progredita, e quando eziandio essa limitavasi a semplici escavazioni nei terreni assai ristrette; e che fu disdetto poscia quando, essendo salito ad alto grado il valore dei marmi, fu d' uopo d' intraprendere escavazioni più vaste e più regolari. Ma noi non lice entrare in disamina: compendiamo solo il concetto della legge. La natura provvida ha distribuito il terreno in due strati: l' uno forma il soprasuolo, ed è lo strato vegetale necessario all' agricoltura; l' altro il sottosuolo, ed è quello in cui si trovano le sostanze minerali. Perchè il diritto di proprietà si presenti in tutti i suoi elementi costitutivi, è mestieri della connessione fisica e morale colla cosa: la volontà cioè che afferma la padronanza dell' uomo sul mondo esteriore; l' attività che l' attua, modificandolo e rendendolo atto alla produzione. Questi due elementi, indispensabili per dar origine al diritto di proprietà, mancano del tutto nel proprietario del soprasuolo quanto alle sostanze minerali che stanno nascoste nel sottosuolo; egli dunque non può esserne eziandio il proprietario. E poichè siffatte condizioni concorrono pienamente nell' esploratore delle mi-

niere, è naturale e giusto al tempo istesso, ch' egli ne acquisti la proprietà. Nè è d' uopo dire dei grandi capitali e della grande perizia necessaria per condurre a buon termine l' esplorazione delle miniere. La legge provvidamente adunque, inspirandosi ai veri princìpî di giustizia e di economia sociale, distingue il proprietario del suolo dal concessionario della miniera. Garantisce bensì al primo il rispetto del diritto di proprietà, sia riserbando allo Stato la facoltà di concedere il permesso di ricercare nel fondo altrui, sia assicurandogli il diritto ad essere risarcito di tutti i danni ed interessi che possono derivare al proprio fondo. Ma riconosce la proprietà della miniera o nel ricercatore medesimo, se adempie nel termine stabilito, alle prescrizioni della legge; o in un altro concessionario, regolarmente investito, coll' obbligo però di pagare a quest' ultimo le indennità che potrebbero spettargli in ragione dell' utilità dei lavori eseguiti e del valore del minerale estratto, ch' egli avrà lasciato disponibile presso la miniera (Legge 20 Novembre 1859 sulle miniere cave ed usine).

Ultimo caso di limitazione al diritto assoluto di proprietà, derivante dall' obbietto su cui si concreta, ci vien fornito dalla così detta proprietà intellettuale. Se nel mondo fisico la maggiore produttività della terra si deve al potere esclusivo e perpetuo che su di essa l' uomo esercita, e l' interesse individuale è quello che meglio provvede alla prosperità generale; non così avviene nel mondo morale. Il sapere non patisce nè restrizioni, nè limiti: nessuno può affermarsene proprietario assoluto, sia perchè la sua scienza é già patrimonio di tutti; sia perchè di quelle stesse modificazioni e miglioramenti ch' egli per avventura ha potuto apportarvi, se vuol servirsene, non può impedire che sfuggano immediatamente al suo potere esclusivo, ed entrino, senz' altro, nel dominio dell' universale. Ed è gran fortuna; poichè mediante

questa legge di solidarietá e di continuitá, possono vantarsi i meravigliosi progressi delle scienze, dell' industria e delle arti. Ma, d' altra parte, non bisogna negare a colui che suda e lavora sui libri il diritto a una retribuzione, la quale non può essere fissata da nessuno, perchè nessuno ne conosce ancora il valore; ma che pure si ha il diritto di ottenere come giusto compenso alle fatiche durate. Egli è perciò che, a contemperare i diritti della societá con quelli degl' individui, si accorda agli autori delle opere d' ingegno un diritto temporaneo di pubblicarle, spacciarle, riprodurle, permetterne le traduzioni; diritto che però non si estende oltre un dato termine per non farlo degenerare in monopolio (Legge sui diritti spettanti agli autori sulle opere d' ingegno, 26 Giugno 1865; Leg. sui dir. spett. agli aut. sulle opere d' ingegno teatrali, 10 Agosto 1875). — Del pari agli autori di nuovi processi e trovati industriali si riconosce il diritto di poterne usare esclusivamente durante un certo tempo, e di permetterne l' uso agli altri mediante un compenso (Leggi sulle privative industriali, 31 Gennaio 1864). Così avviene, che l' autore, secondo l' importanza della sua opera e del suo trovato, riceve direttamente dalla società una rimunerazione condegna al suo valore; e la societá conserva il diritto di vedere, oltre un dato termine, entrare nel patrimonio comune un' opera od un trovato che, conosciuto ed usato da tutti, può tanto concorrere al benessere ed al progresso dell' umanità.

Napoli, Settembre 1879

VI

Se al coniuge superstite per la quota di usufrutto nella successione legittima competa la qualità di erede

---

(Estratto dal Foro Italiano — Anno IX — Fascicolo XV-XVI.)

La massima consacrata dal supremo Collegio subalpino non può dirsi ancora divenuta pacifica nel campo della giurisprudenza, come non lo è del pari nel campo della dottrina. Tuttavia bisogna confessarlo — e quì ha perfettamente ragione il supremo Collegio — la giurisprudenza degli ultimi anni si è manifestata decisamente favorevole alla tesi da esso sostenuta, per guisa da lasciar poco margine ai sostenitori della tesi opposta. Ma tutto sta nel vedere se la dottrina professata dalla Cassazione torinese sia conforme al testo ed allo spirito delle disposizioni legislative; giacchè, soltanto a questa stregua, potrà giudicarsi bene il valore intrinseco della medesima.

Ebbi recentemente occasione di manifestare altrove (Cimbali, *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali,* Torino, 1885, pag. 261 e segg.) la mia opinione sull' ardua controversia, che tanto affatica scrittori e magistrati. Ma ivi, sebbene in gran parte comuni fossero gli argomenti ed unica la soluzione, dovetti studiare la natura giuridica della quota di usufrutto spettante al coniuge superstite, solo nel caso in cui tale usufrutto lo acquista a titolo di riserva sopra la successione testamentaria del coniuge predefunto (art. 812, 813 e 814 cod. civ.); mentre la specie, su cui si è pronunziato ora il supremo Collegio subalpino,

riguarda invece la quota di usufrutto spettante al coniuge superstite, in concorso con figli legittimi, sopra la successione intestata del coniuge defunto (art. 753 cod. civ.). Il problema pertanto è unico, poichè, tanto nell' uno quanto nell' altro caso, obbietto del diritto successorio conferito dalla legge al coniuge superstite è sempre una quota in usufrutto; la quale perciò dovrà reputarsi quota di eredità o quota di beni, agli effetti d' imprimere o no nel medesimo il titolo e la qualità di erede, o in ambo i casi o in nessuno al tempo istesso. Giova nondimeno rifare brevemente l' esame sotto l' aspetto trattato dalla Cassazione torinese, tenendo conto speciale delle sue argomentazioni, nonchè di quelle svolte nelle loro recenti decisioni da altre supreme magistrature del regno, che sotto l' uno o l' altro aspetto, si accordano con essa nel negare al coniuge superstite, semprechè la quota successoria deferitagli dalla legge sia di semplice usufrutto, il titolo e la qualità di erede. Solo così potremo formarci un giudizio abbastanza sicuro intorno alla difficile controversia, per inferirne poi se meriti o no di essere accolta siffatta dottrina, verso cui pare indirizzata, traendo argomento dagli ultimi pronunziati, la patria giurisprudenza.

Negano la qualità di erede al coniuge superstite per la quota di usufrutto spettantegli, secondo i casi, nella successione intestata del coniuge predefunto quando concorre con figli legittimi, e nella successione testamentaria allorchè gli viene conferita dalla legge a titolo di riserva: Pacifici-Mazzoni, *Delle successioni,* vol. I, n. 211 e IV, 33; Fulci, *Successioni legittime e testamentarie* pag. 76 e 138; Buniva, *Delle successioni legittime e testamentarie,* pag. 222 e 223; Borsari, *Commento al codice civile,* vol. III, parte I, §§ 1747 e 1748; Paoli, *Successioni testamentarie,* pag. 58, nota I; Cattaneo e Borda, *Codice civile annotato,* pag. 575 e 611; Mattei, *Codice civile italiano*, vol. III, pag. 88

e 216; Buscemi, *Della quota riservata al coniuge superstite nelle successioni testate, Arch. giur.*, vol VII, pag. 27 e segg.; Filomusi-Guelfi, *Rivista critica sulla dottrina della quota di riserva del coniuge superstite, Arch. giurid.*, VIII, 217 e segg.; Frugoni, *Effetto della condizione di vedovanza sulla quota di riserva del coniuge superstite, Arch. giur.*, VIII, 259 e segg; Andreini, *Il coniuge superstite ecc.*, studio legale nella *Gazzetta dei tribunali di Napoli*, 17 marzo 1873, n. 2564, Napolitani, *Carattere giuridico della quasi successione del coniuge*, studio legale, *ibidem*, 27 settembre 1873, n. 2601; Miraglia F. S., *Se il coniuge superstite sia erede, Gazzetta del procuratore*, XI, 49; Ferrucci, nota alla sentenza della Corte di appello di Firenze del 26 aprile 1879, nel *Foro it.* 1879., I, 622 e segg.; Martucci, nota alla sentenza della Cassazione di Firenze del 1 dicembre 1879, nel *Foro it.* 1880, I 41; Losana, *Le successioni testamentarie*, Torino 1884, pag. 199 e 200; Cassazione di Milano 4 dicembre 1861; *Giurispr., it.*, an. 1861, 1034; Corte di appello di Milano, 31 dicembre 1867; *Monitore dei tribunali* di Milano, an. 1868, vol. IX, pag. 90; Corte di appello di Casale, 28 gennaio 1868; *Giurispr. it.*, 1868, II, 44; Corte di appello di Napoli, 7 febbraio 1870, *Giurispr. it.*, 1870, p. II, 74; e 30 aprile 1875, *Gazzetta del procuratore*, X, 245; Corte di appello di Messina, 18 marzo 1875, *Legge* 1875, XV, 334; Cassazione di Firenze, 1 dicembre 1879 *Foro it.*, 1880, I, 41; Corte di appello di Venezia, 14 giugno 1881, *Foro it.*, 1881, I, 757; Cassazione di Torino, 9 dicembre 1881, *Foro it.*, ivi, 622; 11 novembre 1882, *Giurispr.*, 1883, XX, 47; 29 novembre 1882, ivi, pag. 133; Cassazione di Napoli, 12 maggio 1883, *Foro it.*, 1883, I, 603.

Attribuiscono, per converso, la qualità d' erede al coniuge superstite tanto nell' uno quanto nell'altro caso: Ricci, *Corso di diritto civile*, vol. III, n. 72, e 272; Scarlata Previtera, *La*

quota di legittima del coniuge superstite, Catania 1874, pag. 35 e segg.; BASSO, nella *Gazzetta del procuratore,* vol. VI, n. 5; SCANDIANI, *Delle successioni legittime, Archivio giurid.* vol. VI, pag. 422 nota 1; VIZZINI nella *Gazzetta dei tribunali di Napoli* del 1 febbraio 1873, n. 2552; DI LORENZO nella *Gazzetta del procuratore,* vol. VIII, pag. 250; Corte d' appello di Parma 19 ottobre 1868, *Annali giudirispr.,* vol. II, parte II, pag. 218, con nota dell' estensore SCHIAVO; Corte d' appello di Napoli, 7 marzo 1870, *Gazzetta del procuratore* vol. V, pag. 56; 9 dicembre 1874, *Cazzetta del proc.,* IX, 380; Corte d' appello di Lucca, 3 agosto 1875, *Annali,* X, p. II, pag. 68; Cassazione di Napoli, 20 giugno 1876, *Foro it.,* 1876, I, 1187; Corte d' appello di Firenze, 26 aprile 1879, *Foro It.,* 1879, I, 622.

A quest' ultima opinione, comunque raccolga essa minor numero di suffragi nella dottrina e nella giurisprudenza, mi sono recentemente sottoscritto (*La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali,* cit., 261 e segg.); e credo fermamente di esser la sola che serve bene ad incarnare il concetto legislativo, e che solo può bene conciliarsi colle disposizioni del codice civile imperante. La autorità di tre supreme magistrature del regno, — Cassaz. di Firenze, di Napoli e di Torino — che sonosi pronunziate concordi per la tesi opposta, è tale certamente da imporre osservanza e rispetto; poichè confidato immediatamente alla loro tutela è il rispetto della legge. Oso tuttavia combattere siffatta giurisprudenza in nome della legge stessa, traendo occasione dall' ultima decisione, sopra riportata, della Cassazione subalpina; e ciò tanto più che, in fondo, identici sono gli argomenti addotti, nelle rispettive sentenze, dai tre supremi magistrati.

E, innanzi tutto, uopo è riconoscere come tale giurisprudenza trovi la sua causa occasionale e la sua scusa nello stato delle legislazioni anteriori che, se non escludevano completamente il

coniuge superstite dalla successione del predefunto, lo chiamavano solo in grado estremo dopo esaurito l'ordine intero degli altri successibili, salvo talvolta ad accordargli qualche diritto, più o meno illusorio nei casi di concorso con questi ultimi, avente quasi sempre il carattere della temporaneità oltre quello della modicità.

Nel diritto romano primitivo, durante l'impero della legge decemvirale, occorreva la *conventio in manum* perchè la moglie fosse chiamata del pari che i figli di cui si reputava *soror,* alla successione legittima del marito (GAIO, *Comment.*, 98; e III, 14; ULPIANO, *titoli ex corpore,* XXII, 14). Cadute in disuso col tempo le forme solenni di contrarre matrimonio, che solevano produrre la *in manum conventio* per cui la moglie veniva chiamata *loco filiae* alla successione intestata del marito, il pretore vi supplì nel diritto nuovo chiamando, mediante il famoso editto *unde vir et uxor,* in mancanza di altri parenti dell' ordine successibile che avessero chiesto ed ottenuto la *bonorum possessio,* il coniuge superstite alla successione intestata del coniuge defunto *(fr.* unico, Dig. *unde vir et uxor,* XXXIII, 11; leg. unica *cod. eodem,* VI, 18; §§ 2, *Inst., de bon. possess.,* III, 10) GIUSTINIANO però che, abolendo qualunque limite di grado nella successione intestata dei collaterali *(Novella,* CXVIII cap. 3, §§ 1), avea reso vano il diritto di successione tra coniugi stabilito dal pretore, pensò di ripararvi coll'accordare alla moglie povera e indotata il quarto in usufrutto o in proprietà sopra il patrimonio successorio del marito secondochè concorreva con figli propri è del marito alla successione di quest' ultimo, ovvero con altri eredi *(Novella,* LIII, cap. 6 e CXVII, cap. 5). Siffatto diritto eccezionale di successione fu accordato soltanto alla moglie, non già pure al marito, cui venne invece formalmente negato *(Nov.,* CXVII, cap. 5 in fine) — Nell' antica giurisprudenza, sotto l' impero del diritto comune, la legislazione giustinianea conservò, quasi senza con-

trasto, il suo dominio. Si disputò soltanto fra i romanisti se il diritto alla *quarta uxoria* competesse unicamente alla moglie sopra la successione del marito, ovvero anche a questo sopra la successione intestata della moglie. (V. Cuiacio, *Comm.* alla *Nov.* LIII, cap. 6, e alla *Nov.* CXVII. cap. 5; Brunemanno, *Comm.*, in Cod., *lib.* VI, tit. 18, pag. 342; Einnegio, *Recitationes,* vol. II, par. 13).

La legislazione giustinianea dominò pure in Francia nei paesi di diritto scritto: nei paesi di diritto consuetudinario però vigeva un istituto analogo alla *quarta uxoria* del diritto romano denominato dotario, *donaire,* per la virtù del quale spettava la metà dei beni lasciati dal defunto marito alla vedova sopravvivente (Pothier, *Du donaire,* n. 1. 4 e 14; Laurent, *Principes de droit civil,* vol. IX, 154). Il codice francese pertanto, a causa di un mero equivoco del Treilhard nella discussione al Consiglio di Stato, (Troplong, *Des donations entre vifs et des testaments,* n. 765; Laurent, op. e vol. cit. 155), non accordò al coniuge superstite verun diritto sopra la successione intestata del coniuge predefunto in concorso coi parenti del grado successibile; giacchè chiamollo a succedere unicamente nel caso in cui non lasciasse quest' ultimo nè parenti del grado successibile, nè figli naturali (art. 767 cod. civ. francese).

I codici vigenti nei diversi Stati d' Italia, prima della sua unificazione politica e legislativa, si accordavano quasi tutti nonostante l' esempio contrario del codice francese, nel conferire al coniuge sopravvivente, giusta i dettati della legislazione giustinianea, il quarto sopra la successione del coniuge predefunto. Ma tale quarto, oltrechè occorreva la condizione della povertà per averlo, consisteva sempre, a differenza della *quarta uxoria,* nel semplice usufrutto; qualunque fossero i successibili coi quali concorreva il coniuge superstite (art. 689 e 690 *Codice delle due Sicilie)* e per talune legislazioni neanche competeva quando

il defunto lasciava, oltre del coniuge superstite, figli e discendenti (art. 659 *Codice di Parma e Piacenza).* Solo il codice austriaco, imperante nelle provincie lombardo-venete, si era pienamente conformato ai principî della legislazione giustinianea, deferendo il quarto od una quota virile in usufrutto al coniuge superstite sopra la successione intestata del coniuge defunto, nel caso di concorso con figli o discendenti di quest' ultimo; mentre gli deferiva il quarto in proprietà nel caso di concorso con altri successibili del defunto. Presenta però questo di notevole il codice austriaco di fronte alla legislazione giustinianea: che cioè da una parte non è richiesta la condizione della povertà per succedere; e che dall' altra il diritto di successione nel quarto in usufrutto o in proprietà, secondo i casi, non compete soltanto alla moglie, ma compete benanche al marito sopra la successione intestata di essa (§§ 757 e 758 *Codice generale austriaco).* Le disposizioni del codice austriaco vennero in questa parte riprodotte perfettamente dal legislatore sardo (art. 959 e 960 *Codice per gli stati sardi),* il quale nel resto non faceva che calcare fedelmente le tracce del codice francese: sia qualificando *irregolare* la successione intestata del coniuge superstite (lib. III, tit. III, cap. 3 sez. I,); sia chiamando il coniuge superstite a raccogliere l' intera eredità del coniuge morto senza testamento, solo nel caso in cui questi non avesse lasciato parenti nel grado successibile. (art. 961).

Il legislatore italiano, animato da un' alto sentimento di giustizia riparatrice, si propose di far tacere il secolare lamento rivolto meritamente contro le legislazioni anteriori, assegnando al coniuge superstite nella successione intestata del coniuge defunto un posto equivalente a quello ch' egli occupa nella sfera dei lavori, dei doveri e degli affetti domestici (PISANELLI, *Relazione sul III libro del codice civile,* p. 9 e 10; VACCA, *Rela-*

zione senatoria § 4 *sullo stesso,* p. 5 e 6). Da ciò il progresso notevole rappresentato in questa parte, di fronte ai codici anteriori, dal legislatore italiano, il quale da un canto abolisce l'odiosa qualifica d'*irregolare,* ond'era prima contrassegnata la successione del coniuge superstite; e dall' altro gli conferisce una quota virile o il quarto in usufrutto solo nel caso in cui concorre con figli o discendenti, legittimi del defunto (art. 753 cod. civ. ital.); mentre gli dà, secondo i casi, il quarto o il terzo in proprietà laddove concorra con ascendenti, figli naturali o fratelli e sorelle del defunto (art. 754), salvo a fargli raccogliere i due terzi dell' eredità nel caso di concorso con altri successibili di grado ulteriore, e l' eredità intera ove il defunto non lasci parenti successibili entro il sesto grado (art. 755).

Il processo storico adunque, seguito nelle sue linee fondamentali, serve a dimostrare scolpitamente come siasi migliorata via via, collo svolgersi graduale delle legislazioni, la condizione giuridica del coniuge superstite quanto ai diritti accordatigli sopra la successione del defunto. Spetta però al legislatore italiano soprattutto il merito di aver compiuto una grande riforma in proposito, chiamando il coniuge superstite a succedere sempre nel concorso di qualunque ordine di successibili, e chiamandolo a succedere per l'intero laddove questi manchino entro il sesto grado. Il valore giuridico di siffatta riforma non può sfuggire agli occhi di nessuno; giacchè significa il pareggiamento completo nei diritti e nella qualità giuridica del coniuge superstite agli altri ordini di successibili. Diritti e qualità giuridica, sotto un certo rispetto, superiori a quelli degli ascendenti, poichè, mentre questi sono esclusi (art. 736 e 738), si ammette il coniuge a succedere in concorso dei figli e discendenti legittimi (art. 753); ed equivalenti sempre poichè vien chiamato il coniuge a succedere in concorso dei medesimi, nonchè in concorso dei fratelli, sorelle

e figli naturali del coniuge defunto (art. 754) a preferenza od in esclusione di altri parenti della linea collaterale (art. 755). Se tale indubbiamente è il significato e il valore giuridico della riforma compiuta in questa parte dal legislatore italiano, non può non essere ugualmente certa la conseguenza giuridica, che debba cioè riconoscersi nel coniuge superstite il titolo e la qualità di erede, laddove il medesimo sia chiamato a succedere per una quota qualsiasi dell' *universum jus defuncti*, nè facciano ostacolo insuperabile disposizioni tassative di legge a che gli venga riconosciuta siffatta qualità. Ora le disposizioni del codice civile italiano, guardate nel loro insieme organico, lungi dell' inforsare, non fanno che suggellare validamente la qualità di erede nel coniuge superstite, anche quando raccoglie una quota di usufrutto sopra la successione del coniuge defunto.

E innanzi tutto soccorre, in modo perentorio, la parola stessa della legge; giacchè precisamente questa è la disposizione testuale dell' art. 753: « Quando al coniuge defunto siano superstiti figli « legittimi, l' altro coniuge ha sulla eredità di lui l' usufrutto di « una *porzione ereditaria* eguale a quella di ciascun figlio, com- « preso nel numero dei figli anche il coniuge. » Tale locuzione, molto significativa — *porzione ereditaria* — usata dal legislatore, implica già di per sè l'idea della rappresentanza e della *successio in universum jus defuncti*, non potendo aversi *porzione ereditaria* senza che si abbia prima la qualità di *erede;* e questa solo allora viene acquistata quando si succede nell' *universalità* o in una *quota* dell' intero patrimonio lasciato dal defunto (art. 760 cod. civ.): *Hi qui in universum jus succedunt heredis loco habentur* (fr. 128, §§ 1, Dig. *de reg. juris*, L. 17) — *Heres in omne jus mortui, non tantum singularum rerum dominium succedit; cum et ea quae in nominibus sint, ad eredem transeant* (fr. 37, Dig. *de adquir. vel amitt. heredit.*, XXIX, 2).

Nella mente del legislatore quindi l' idea di porzione ereditaria non potea presentarsi disgiunta da quella di erede, che imprime alla medesima la sua specificazione. Nè dice nulla in contrario, come ritiene il supremo Collegio subalpino, che sopra l' enunciata *porzione ereditaria* la legge conferisce al coniuge soltanto l' usufrutto (art. 753 cod. civ.). Se raccoglie una *porzione ereditaria uguale a quella di ciascun figlio legittimo compreso nel numero dei figli anche il coniuge,* ciò vuol dire che pure il coniuge si trova investito della qualità di erede, non potendo scindersi la medesima da quella di porzione ereditaria, che del resto si riferisce al coniuge perchè egli appunto è che la raccoglie. Potrebbe stare l' argomentazione del supremo Collegio, quante volte fosse giuridicamente inconciliabile la qualità di erede con quella di usufrutuario di una quota di patrimonio; ma ciò non è vero come sarà in seguito dimostrato. Riesce quindi perfettamente vano qualunque argomento in contrario dinanzi al testo esplicito della legge.

Ciò nonostante la Cassazione subalpina, nell'arresto qui sopra riportato, vedendosi dinanzi la disposizione formale dell' art. 753, ch' essa pure trascrive, crede tuttavia poterne neutralizzare completamente il valore riferendosi all' epigrafe posta dal legislatore in capo alla sezione dove siffatta disposizione trovasi consacrata, che è precisamente questa: *Dei diritti del coniuge superstite;* per trarne quindi la conseguenza che « la legge qualifica *diritto* « e non *successione,* come quella dei parenti ligittimi, dei figli « naturali e dello Stato, l' usufrutto che attribuisce al coniuge « in concorso dei figli legittimi sulla eredità del coniuge defunto » (Conf. Cass. Napoli, 12 maggio 1883). A siffatta obbiezione però avea già risposto vittoriosamente con anticipo la Corte di appello di Parma, nella sopra citata sentenza del 19 ottobre 1868, che costituisce un vero monumento di sapienza giuridica ed è il pronunziato più dotto e più completo sull' importante quistione; osser-

vando giustamente che « non dalle epigrafi e dalle parole si « definiscono i diritti dei cittadini, ma dalla loro intensità ed esten- « sione giuridica. » Quest' epigrafe del resto il legislatore italiano non l' ha foggiato di pianta, cosa che sarebbe stata di ben altra gravitá, in quanto avrebbe presupposto da parte di lui uno studio ed una estimazione piena e coscienziosa del valore giuridico di essa: è invece la medesima epigrafe, usata dal legislatore francese, dal sardo a da altri, che il legislatore italiano si è limitato a riprodurre semplicemente, come in casi analoghi, senza di averne prima misurato il valore e la portata giuridica. La parola *diritto* poi ha un significato giuridico molto generico, che riceve la sua determinazione dall' oggetto speciale cui si riferisce; mentre di per sè vale ad esprimere indifferentemente qualunque rapporto giuridico, implicante l' idea di padronanza e di facoltá riguardo a date cose, date persone, dati atti. Onde l' espressione generica *diritto successorio* abbraccia tanto il diritto dell' erede quanto quello del legatario, colla differenza che l' uno è a titolo universale e l' altro semplicemente a titolo particolare. Troviamo anzi come lo stesso legislatore italiano adopera più volte la parola *diritto,* per indicare la successione legittima in favore di persone, la cui qualità di eredi non è posta in dubbio da nessuno. Così nell' art. 741 capov. per denotare la successione in favore dei fratelli e sorelle unilaterali; nell' art. 744 per denotare la successione in favore dei figli naturali; e nell' art. 748 per denotare la successione in favore dei discendenti legittimi di quest'ultimi riguardo all'ascendente naturale. Merita di essere ricordata la disposizione dell'art. 748, che è concepita nei seguenti termini: « I discendenti legittimi del figlio naturale premorto possono « reclamare i *diritti* stabiliti a favore di lui negli articoli prece- « denti ». Or il diritto spettante al figlio naturale sopra la successione intestata dei propri genitori è ritenuto, per consenso una-

nime degli scrittori, diritto a titolo universale, che gli conferisce perciò la qualità di erede (Pacifici-Mazzoni, *Delle successioni,* vol. I, n. 173; *Istituzioni di diritto civile,* 2. ediz., IV, 48; Fulci, op. cit., sugli articoli 743, 746; Buniva, *Successioni,* pag. 83; Borsari, III, parte I, sull' art. 744, § 1599; Ricci, *op. cit.,* III. n. 52; Facelli, *La successione legittima dei figli naturali,* Roma, 1881, 40. Contro Filomusi-Guelfi, *Rivista critica della dottrina della quota di riserva del coniuge superstite. Arch. giurid.,* VIII, pag. 223 e segg. — V. tuttavia Cimbali, *La nuova fase del diritto civile,* pag. 248 nota 2). Identico dunque sarà il diritto dei suoi discendenti, una volta che i medesimi sono chiamati ad averne la rappresentanza giuridica; nè può essere dubbia la qualità di *eredi* nei medesimi nonostante la parola *diritto* adoperata, come nel caso del coniuge superstite, dal legislatore.

Ma vi ha di più ancora. Dato pure che voglia darsi una certa importanza giuridica alla espressione: *Diritti del coniuge superstite,* usata nell' epigrafe della sezione; il valore giuridico di essa trovasi completamente annullato da quella di *porzione ereditaria* consacrata formalmente nel testo dell' art. 753, che porge la definizione legislativa precisa del diritto conferito al coniuge superstite sopra la successione intestata del coniuge defunto in concorso coi figli legittimi. Nè contento di ciò, il legislatore ripete la medesima formula tassativa *porzione ereditaria* in modo anche più generico, nell' art. 756, dove dice che il coniuge, concorrendo con altri eredi, deve imputare alla sua *porzione ereditaria,* ciò che acquista in forza delle convenzioni matrimoniali e dei lucri dotali. La espressione *altri eredi* implica già chè il coniuge sia esso stesso erede; e quella di *porzione ereditaria* riguarda indistintamente tutti i casi di concorso, sia che il coniuge succeda per l' usufrutto, sia per la proprietà. Viene quindi confermata la identica formula usata dall' art. 753, in cui

si contempla il caso che la quota spettante al coniuge sia di semplice usufrutto. Oltre di che, a distruggere anche più recisamente la sottile argomentazione su cui fa tanto assegnamento il supremo Collegio subalpino, insistendo nel dire che il legislatore adopera nell' epigrafe della sezione la qualifica *diritto* riguardo al coniuge superstite, mentre adopera quella di *successione* riguardo ai parenti legittimi, ai figli naturali ed allo Stato, può invocarsi vittoriosamente la parola stessa del legislatore, il quale nell' art. 721 si esprime in questi termini: « La legge devolve la *successione* ai discendenti legittimi, agli ascendenti, ai collaterali, ai « figli naturali ed al *coniuge superstite* nell' ordine e secondo « le regole in appresso stabilite. » La parola *successione* dunque l' adopera il legislatore stesso, ed in modo generico, senza limitazione di sorta, anche riguardo al coniuge superstite.

Ciò tanto più è notevole, in quanto nel corrispondente art. 731 del codice francese non si parla punto di successione, né a favore dei figli naturali, nè del coniuge superstite; e in quanto altresì non vien qualificata poscia, come nel cod. franc. stesso e nel cod. alb., che pure ne parla (art. 915), per *irregolare* la successione del coniuge superstite. Ultima osservazione in proposito, nè la meno decisiva contro l' inane argomento del supremo Collegio subalpino, è questa: che se cioè dovesse aversi riguardo alla epigrafe della sezione per qualificare il diritto del coniuge superstite sopra la successione intestata del coniuge defunto, dovrebbe, a rigor di logica, negarglisi la qualità e il titolo di erede anche quando la quota conferitagli dalla legge sia una porzione in proprietá ed anche la totalitá del patrimonio successorio (art. 754 e 755 cod. civ. ital.); giacchè l' epigrafe abbraccia indistintamente tutte le disposizioni consacrate nella sezione. Or non essendo ciò possibile per l' assurditá flagrante che ne deriva, neanche riesce possibile annettere importanza e valore giuridico al primo argo-

mento addotto in sostegno della sua tesi dalla Cassazione di Torino.

Eliminata completamente la difficoltà del testo legislativo, il quale, lungi dal contrastare in parte, non fa che confermare in tutto la qualità di erede nel coniuge superstite; bisogna vedere ora se contraddice in qualche modo alla natura giuridica di siffatto istituto la natura economica dei beni, onde si compone la quota deferita dalla legge al coniuge superstite sopra la successione intestata del coniuge defunto nel caso di concorso con figli o discendenti legittimi, che è il quarto od una porzione virile di *usufrutto*. La qualità giuridica *di usufruttuario* può, in altri termini, conciliarsi colla qualità giuridica *di erede?* É questo l'argomento più valido, perchè tocca l'essenza stessa dell'istituto, invocato dagli oppositori della qualità di erede nel coniuge superstite; ed è sopra di esso che fa capitale assegnamento la Cassazione di Torino nella qui riportata sentenza, come lo aveano fatto prima di lei la Cassazione di Firenze nel pronunziato del 1 dicembre 1879, e la Cassazione di Napoli nel più recente pronunziato del 12 maggio 1883. E il nodo dell'argomentazione sta in questo, che cioè l'usufrutto di una quota di patrimonio non può considerarsi come disposizione a titolo universale, perchè rappresenta esso una servitù, o un diritto di godimento sopra cose di cui appartiene ad altri la proprietà: *jus alienis rebus utendi, fruendi, salva rerum substantia* (fr. 1, *Dig. de usufructu et quemadm,* VII, 1; art. 477 cod. civile italiano). Ora la natura essenzialmente *temporanea* del diritto di usufrutto, soggetto ad estinguersi con la morte dell'usufruttuario, è radicalmente inconciliabile con quella di erede, di cui carattere essenziale si è la *perpetuità;* giacchè, acquistata una volta la qualità di erede, non può perdersi più in seguito per nessuna ragione: *semel heres semper heres*. Oltredichè si aggiunge che l'usufruttuario di un patrimonio o di una quota di esso è tenuto, secondo l'art. 509

del cod. civ., a pagare soltanto, per l'intero o in proporzione della sua quota, le semplici annualità e gl' interessi dei debiti o legati onde trovasi gravato il patrimonio lasciato dal defunto; mentre se fosse vero erede sarebbe tenuto a pagare i legati e i debiti della successione riguardo al capitale stesso quando anche sorpassassero i vantaggi dell' usufrutto, in virtù della confusione che si verifica di dritto, laddove non si accetti col benefizio dell' inventario, fra il patrimonio del defunto e quello dell' erede. Le ragioni del coniuge, si conclude finalmente, possono essere soddisfatte in denaro o mediante l' assicurazione di una rendita vitalizia (art. 753 cap. ult. e 819). — Da tutto ciò inferiscono gli oppositori, che manchi nel coniuge usufruttuario la rappresentanza del coniuge defunto, e quindi anche, come conseguenza, la qualità di erede.

Nonostante l' apparenza incontestabile della serietà neanche questi argomenti reggono ai colpi di una critica vigorosa, che guardi unicamente all' intima essenza degl' istituti giuridici, senza lasciarsi punto vincere o deviare da certi fantasmi, che prendono spesso il luogo della realtà, ed impediscono la retta coscienza di essa.

E invero si conviene universalmente così dai fautori come dagli oppugnatori della tesi qui sostenuta — trattandosi di massima pacifica e tradizionale di diritto — che riveste, sia riguardo all' intero sia riguardo a una quota, il titolo e la qualità giuridica di erede colui che succede, non in una cosa determinata, *in re singulari;* ma sibbene nell'universalità dei diritti e degli obblighi del defunto, *in universum jus defuncti,* per guisa da continuarne giuridicamente la persona: *Nihil est aliud hereditas, quam successio in universum jus quod defunctus habuit* (Gaio, fr. 25, *Dig., de verb. signif.,* L. 16). Onde la conseguenza giuridica irrefragabile, ammessa pure pacificamente da

tutti, che: *Hi qui in universum jus succedunt, heredis loco habentur* (Paolo fr. 128, Dig., *de regul juris*, L. 17). La discordia però sorge vivissima, e divide in due campi opposti la dottrina e la giurisprudenza, quando trattasi di decidere tassativamente se l' usufruttuario della totalità o di una quota di patrimonio sia successore a *titolo universale,* per guisa da rivestire la qualità di *erede;* ovvero successore a *titolo particolare,* cui compete soltanto la qualità di semplice *legatario.* E siffatta quistione, come in Italia, si agita pure in Francia, con uguale vivacità dalla dottrina e dalla giurisprudenza sotto l' impero del codice napoleonico, quantunque non riguardo alla successione del coniuge superstite; giacchè secondo esso, come sopra fu visto, la successione intestata si apre in favore del coniuge superstite solo quando il coniuge defunto non lascia successibili nel grado di legge, nè figli naturali; ed in tal caso abbraccia la totalità del patrimonio successorio tanto riguardo all' usufrutto, quanto riguardo al dominio (art. 767 *cod. francese).* La quistione si agita soltanto per sapere se le disposizioni testamentarie, aventi per oggetto l' usufrutto sopra la totalità od una quota parte dei beni lasciati dal defunto, siano *legati a titolo universale* ovvero legati *particolari;* poichè si sa che il legislatore francese, seguendo le tradizioni del diritto consuetudinario, riconosce unicamente la qualità di *eredi* nei successori del sangue, mentre alle persone, in cui favore si apre la successione per volontà dell' uomo consegnata nel testamento, attribuisce la qualità di *legatarii universali,* se raccolgono l' universalità dei beni lasciati dal defunto nel momento della morte, (art. 1003 e segg. cod. francese); di *legatarii a titolo universale,* se sono chiamati a raccoglierne una quota parte (art. 1010 e segg.); di *legatarii particolari* finalmente, se la disposizione testamentaria riguarda oggetti determinati, *res singulares* (art. 1014 e segg.). Attribuiscono la qualità di semplice *legatario*

particolare alla persona, cui vien conferito dal testatore l' usufrutto della totalità o di una quota di tutto il patrimonio successorio: PROUDHON, *De l' usufruit,* n. 475 e 476; MARCADÉ, all' art. 1010, n. 3; DUVERGIER sur TOULLIER, vol. III, n. 432, nota a; MOURLON, *Repetitions, ecrites,* I, pag. 727; COLMET DE SANTERRE, IV, n. 157 bis); DEMOLOMBE, *Cours de code civil.* X, 586 e 637; AUBRY e RAU, *Cours de droit civil,* VII, § 714, p. 468, testo e nota 19; LAURENT, *Principes de droit civil,* XIII, n. 526. Lo qualificano invece *legatario a titolo universale:* DURANTON, *Cours de droit français* IV, n. 522 e 633; IX, 208; DELVINCOURT, *Cours de droit civil,* II, p. 95; ZACHARIAE, *Droit civil,* § 711, testo e nota 11; VAZEILLE, *Donations et testaments,* sull' art. 1003, n. 3; MASSÉ e VERGË sur ZACHARIAE, III, p. 249 e 250; DALLOZ, *Rep.,* alla parola *Dispositions entre vifs et testam.,* n. 3710; TROPLONG, *Des donations entre vifs et des testaments,* IV, n. 1848. Ed è notevole in proposito, come questa ultima sia la dottrina professata ripetutamente dalla Cassazione francese (V. gli arresti del 7 e 28 agosto 1827 in DALLOZ, *Rep.,* parola cit., n. 3596, p. 1026. nota 1. e 3710, p. 1050, nota 2, nonchè quello più recente dell'8 dicembre 1862, riportato dallo stesso DALLOZ, *Rep.* 1863, I, 73).

Il legislatore italiano, attingendo in questa parte alle sorgenti del diritto romano (fr. 120, *Dig. de verb. signif.,* L. 16; fr. 128 *Dig. de reg. juris,* L. 17), ha provvidamente abolito la distinzione consacrata dal codice francese tra eredi, legatarii universali, legatarii a titolo universale e legatarii particolari; giacchè riconosce formalmente due sole categorie di persone anche nelle successioni testamentarie: l' erede e il legatario; l' uno che succede a titolo universale nella totalità o in una quota del patrimonio lasciato dal defunto, l' altro a titolo particolare soltanto in cose determinate nella loro individualità (art. 760 cod. civ. ital.). La conseguenza derivante da siffatta riforma sta unicamente in questo che

secondo il codice civile italiano rivestono la qualità di *eredi* non pure coloro che sono chiamati a succedere per legge; ma benanche coloro che sono chiamati a succedere per testamento nella totalità o in quota di beni lasciati dal defunto (art. 760 cod. civ. ital.), cioè i legatarii universali ed a titolo universale del codice francese. Col nome di *legatario* poi, secondo bene osserva nella più volte lodata sentenza la Corte di appello di Parma, vien denotato dal legislatore italiano (art. 760 cap.) quello che il legislatore francese qualifica *legatario particolare;* colui cioè che succede in obbietti determinati, e che come tale non rappresenta universalmente il defunto, non profitta di tutti i diritti e di tutte le azioni al medesimo spettanti, nè è obbligato al pagamento dei debiti gravanti sopra l'eredità, salvo gli oneri reali che gravano sopra la cosa legata e dal giorno dell'immissione nel possesso, che non risente infine nè giovamento nè danno dagli accrescimenti e dalle diminuzioni del patrimonio ereditario. La quistione dunque, tanto agitata in Francia, circa la qualità giuridica spettante all'usufruttuario di un patrimonio o di una quota di esso, conserva, meno la semplice differenza del nome, lo stesso valore in Italia sotto il dominio del codice civile vigente. Se nonchè si porge più imperiosa, nella specie in esame, la ragione di risolverla nel senso propugnato dalla Cassazione francese, trattandosi qui di una quota di usufrutto conferita al coniuge superstite, non per ultima disposizione dell'uomo ma direttamente per immediata disposizione di legge, in omaggio alla dottrina tradizionale del diritto romano, secondo cui acquistano indistintamente il titolo e la qualità di eredi tutti coloro che sono chiamati alla successione legittima: *Heredis appellatione omnes significari successores credendum est* (fr. 170 *Dig. de verb. signif.*, L, 16). *Haec verba edicti:* TUM QUEM EI HEREDEM ESSE OPORTERET, SI INTESTATUS MORTUUS ESSET, *large et cum extensione et cum quodam tem-*

poris spatio accipiuntur (fr. 1 *Dig. unde legittimi,* XXXVIII, 7). E fu principalmente in base a questa giusta considerazione che la Corte di appello di Firenze, colla dianzi enunciata sentenza del 26 aprile 1879 riconobbe la qualità di erede nel coniuge superstite riguardo alla quota di usufrutto conferitagli dalla legge, in concorso coi figli legittimi, sopra la successione intestata del coniuge defunto *(Foro it.* 1879, I, col. 622). Considerazione giusta questa della Corte di appello fiorentina; poichè le chiamate della legge, qualunque sia l' entità del valore economico in cui si risolve la quota per la quale ha luogo la vocazione a succedere, concernono sempre una parte dell' *universum jus defuncti,* non già cose determinate, *res singulares.* Ciò conferma irrefragabilmente la parola stessa del legislatore italiano; il quale, dopo aver detto nel principio dell' art. 753 che il coniuge superstite, concorrendo con figli legittimi alla successione del defunto, « ha l' usufrutto « di una *porzione ereditaria* eguale a quella di ciascun figlio, « compreso nel numero dei figli anche il coniuge », soggiunge nell' ultimo capoverso: « Tale *porzione* di usufrutto non può mai essere maggiore del *quarto* dell' *eredità.* »

Di fronte alla parola esplicita del legislatore, che chiama il coniuge superstite alla successione intestata del predefunto in concorso dei figli legittimi, adoperando le locuzioni tassative di *porzione ereditaria, quarto* dell' *eredità* — locuzioni sacramentali queste che riguardano unicamente la *successio in universum jus defuncti* — non può essere dubbia la conseguenza che il legislatore abbia voluto riconoscere, anche in siffatto caso, il titolo e la qualità di erede nel coniuge superstite, riuscendo altrimente inesplicabili tali espressioni da lui adoperate. Oltredichè non bisogna dimenticare come, per principio tradizionale del diritto romano entrato pure senza contrasto nel dominio del diritto moderno, l' *eredità* e, per conseguenza, la qualità di *erede,* costitui-

scono un *nomen juris;* di guisachè siffatto *nomen juris* sussiste o no, secondo i casi, indipendentemente dalla quantità effettiva dei beni sopra di cui si viene a concretare il diritto successorio, ed indipendentemente altresì dalla natura e qualità di siffatti beni: *Hereditas, etiam sine ullo corpore, juris intellectum habet* (PAPINIANO, fr. 50, pr. Dig., *de haeredit. petit.*, V, 3). *Hereditatis appellatio sine dubio continet etiam damnosam hereditatem: juris enim nomen est* (POMPONIO fr. 119, *Dig., de verb. signif.*, L. 16). Or se sussiste indubbiamente l'*eredità,* e quindi anche la qualità di *erede,* nel caso in cui la persona chiamata: o non trova beni di sorta, che compongano il patrimonio successorio; ovvero trova che il passivo superi l' attivo, per guisa da esserne danneggiato — appunto perchè, secondo dicevano i pratici, *hereditas non est pecunia sed successio,* la *successio* cioè *in universum jus defuncti,* da cui deriva come conseguenza la rappresentanza giuridica del medesimo — non è assurdo ed illegale al tempo istesso che debba la qualità di erede negarsi al coniuge superstite, sol perchè la quota conferitagli dalla legge non concerne il dominio ma l' usufrutto, nonostante che del resto la chiamata fatta dalla legge riguarda il *jus universum* e non già le *res singulae* del coniuge defunto? Data la verità inconcussa della premessa non può essere mica dubbio il valore giuridico della conseguenza; che cioè la qualità di erede, costituendo essa un *nomen juris* dipendente dal modo della chiamata, dee, per la necessità stessa delle cose, riconoscersi tanto in colui che, a titolo universale, acquista una parte anche menoma di proprietà, quanto in colui che acquista una quota qualsiasi di usufrutto, purchè sempre a titolo universale; mentre non avrà che la qualità di semplice legatario chi, a titolo particolare, acquista la maggior parte e pressochè la totalità del patrimonio lasciato dal *de cuius.* La qualità di erede o di legatario in altri termini, dipende, non

dall' entità del diritto che si acquista sopra la successione di una data persona; ma dal modo invece come si acquista, secondochè acquistasi a titolo universale o a titolo particolare. (CIMBALI, *La nuova fase del diritto civile,* pag. 265 e 266). E il diritto romano stesso, malgrado il suo rigore proverbiale, viene a suggellare, colla incontestabile autorità che gli è propria, l' evidenza del principio qui esposto; giacchè riconosce formalmente il titolo e la qualità di erede nell' usufruttuario di patrimonio. I testi che porgono siffatta testimonianza sono due principalmente. L' uno di ULPIANO, così concepito: *Si pure proprietas legata erit, ea ad legatarium perveniet, quamvis fructuarius heres sit institutus* (fr. 4, Dig., *de usu, et usufr. et reditu,* XXXIII, 2). L' altro di GAIO, formulato anche con più efficacia, è il seguente: *Usufructus pluribus modis constituitur: ut ecce si legatus fuerit. Sed et proprietas, deducto usufructu, legari potest, ut apud heredem maneat ususfructus* (fr. 6, pr. Dig., *de usufr. et quemadm.,* VII, 1). Questa dottrina dei due giureconsulti poi trovasi enunciata, in forma di regola generale, nelle istituzioni di GIUSTINIANO con queste precise parole: *Ususfructus a proprietate* (cioè la nuda proprietà) *separationem recipit, idque pluribus modis accidit: ut ecce siquis usumfructum alicui legaverit; nam heres nudam habet proprietatem, legatarius vero usumfructum; et contra si fundum legaverit deducto usufructu, legatarius nudam habet proprietatem, heres vero usumfructum* (§ 1, *Inst., de usufr.,* II, 4) — Non è dunque inconciliabile la qualità di erede con la qualità di usufruttuario, laddove questa si abbia a titolo universale, per la totalità ovvero per una quota del patrimonio lasciato dal defunto; giacchè in siffatti casi, succedendo *per universitatem,* si acquista indubbiamente la rappresentanza del defunto, titolo e causa costitutrice del rapporto giuridico di erede. Allorquando si succede *per universitatem,* che la quota riguardo a cui si suc-

cede abbia per oggetto l' usufrutto anzichè la proprietà, non è che una semplice accidentalità, la quale importa soltanto variazione nella materia, non già nella natura essenziale del diritto. Il rapporto di eredità, come *nomen juris*, collegasi essenzialmente a quello di universalità; questo rapporto come sorge anche quando nulla si acquista dall' erede, o si acquista una successione dannosa, dee sorgere con maggiore ragione allorchè si acquista una quota in usufrutto, che riferendosi all' universalità del patrimonio - crediti e debiti, attivo e passivo lasciato dal defunto - implica necessariamente il concetto della rappresentanza.

Né valgono punto ad infirmare in alcun modo l' evidenza di siffatto principio le tre obbiezioni, che sogliono comunemente muoversi contro di esso, e che trovansi anche una volta qui ripetute, secondo sopra fu avvertito, dalla Cassazione di Torino. L'una cioè che contraddice alla perpetuità del titolo di erede la temporaneità del diritto di usufrutto; l' altra poi che se l' usufruttuario di una quota fosse realmente erede dovrebbe contribuire, in proporzione di essa, non soltanto al pagamento degli interessi, dei debiti e dei legati gravanti sopra il patrimonio, ma bensì al pagamento dei debiti e dei legati stessi; la terza infine che mal può conciliarsi colla qualità di erede la facoltà concessa dalla legge ai figli legittimi di soddisfare in denaro le ragioni del coniuge superstite.

Quanto alla prima obbiezione, per cui si reputa inconciliabile la temporaneità del diritto di usufrutto colla perpetuità del titolo di erede, giusta la dottrina tradizionale del diritto romano: *semel heres, semper heres,* riconosciuta formalmente anche dal legislatore italiano nell' art. 851, dove sta detto, che la successione a titolo universale non può aver luogo a termine, dal quale debba la medesima cominciare o cessare; rappresenta essa, come altrove fu osservato (*La nuova fase del diritto civile,* pag. 270 e segg.)

l' effetto di un pregiudizio volgare, derivante principalmente dalla scarsa conoscenza dei principii economici nella comune dei giuristi. Tutte le cose difatti, meno quelle che *usu consumuntur,* hanno un valore anche per l' uso o godimento che sogliono fornire senza bisogno di essere alienate. Ora quest' uso o godimento è parte della sostanza e del valore inerente alla cosa stessa; giacchè si ha nel *frutto* od *interesse,* sotto la cui forma suol manifestarsi il godimento, secondochè si usa della cosa direttamente o per mezzo di altri, una emanazione o porzione del fondo produttivo, che bisogna ricostituire per non vedere completamente distrutto. L' *uso* dunque rappresenta uno dei due elementi costitutivi della proprietà, mentre l' altro vien costituito dalla *disposizione.* I frutti e gl' interessi, gradatamente che vanno maturando, costituiscono altrettante particelle staccate della proprietà, le quali si raccolgono dall' usufruttuario; e le quali eziandio, come possono consumarsi, possono del pari destinarsi al risparmio ed alla riproduzione, per giusa da costituire un fondo produttivo distinto da quello da cui emanano. La nuda proprietà senza usufrutto rappresenta, per converso, un fondo improduttivo per colui che trovasene investito, finchè i due elementi staccati, da cui risulta l' essenza del dominio, non vengono a ricongiungersi fra di loro. E finchè ciò non avviene, manca senza dubbio al nudo proprietario una parte sostanzialissima del dominio — il godimento —, come manca del pari all' usufruttuario l' altra parte non meno essenziale di esso — la disposizione. Questa decomposizione della proprietà piena nei due suoi elementi costitutivi appare colla massima evidenza, quando accade che il nudo proprietario e l' usufruttuario di una quota di patrimonio convengono fra loro di alienarla. Si ha in tal caso nel prezzo il corrispettivo proporzionato della parte di dominio spettante a ciascuno sopra la medesima; come si ha pure in tal caso che tanto l' usufrut-

tuario quanto il nudo proprietario perdono, mediante l' alienazione, la quota di patrimonio, qual' era stata loro materialmente trasmessa dal defunto, ritraendone il prezzo qual equivalente di essa: *pretium succedit in locum rei.* Se dovesse guardarsi alla materialità delle cose, anche il nudo proprietario dovrebbe in tal caso per effetto dell' alienazione, perdere la qualità di erede; giacchè non conserva più materialmente la proprietà dei beni acquistati dal defunto. Ciò non è caduto in mente a nessuno: trovasi anzi consacrato il principio completamente opposto; poichè vien riconosciuta sempre la qualità di erede in colui a cui favore la successione si devolve, anche quando egli alieni, doni o ceda i diritti che per effetto della medesima gli competono (art. 936, 937 e 938 cod. civile). E allora perchè applicare un principio diverso riguardo all' usufruttuario, quando perfettamente identiche sono le condizioni dell' uno e dell' altro?

Anche il diritto romano, nonostante il suo formalismo rigoroso, mostra, con testimonianze non dubbie, di riconoscere nell' usufrutto uno degli elementi onde si compone il dominio, ed una parte del dominio stesso; quantunque d' altro canto, e non a torto, consideri la parte di dominio concretata nell' *ususfructus* minore d' intensità e d' importanza giuridica in raffronto all' altro elemento del dominio, rappresentato dalla *nuda proprietas.* Ed è notevole come lo stesso giureconsulto PAOLO, che avea qualificato in un luogo l'usufrutto per una servitù: *non dominii pars sed servitutis* (fr. 25 Dig. *de verb. signif.,* L: 16), ebbe a riconoscere in altro luogo, che rapppresenta esso in molti casi una parte del dominio: *ususfructus in multis casibus pars dominii est* (fr. 4., Dig. *de usufr. et quemadm,* VII, 1). Quest' ultimo pare sia stato anche l' insegnamento dei giureconsulti PAPINIANO e GAJO, avendo il primo di essi detto che l' usufrutto *emolumentum rei continet* (fr. 66, §§ 6 Dig., *de legat. et fideicomm.,* XXXI, 2); ed il se-

condo, più scolpitamente ancora, che l'usufrutto è *jus fundi* (fr. 70, §§ 2, *Dig. de fidejussor. et mandator,* XLVI, 1). Molto significativo poi è l'uso della stessa parola *dominium* per denotare tanto l'usufrutto quanto la nuda proprietà; onde le locuzioni: *dominium usus fructus* (GIULIANO, fr. 3 in fine, *si ususfruct. petatur,* VII, 6), *e dominium proprietatis* (GAJO, *Inst.*, II, 30). Ciò non sarebbe stato naturalmente possibile, se lo spirito profondo dei giureconsulti romani non avesse ravvisato una nota ed un carattere comune nell'uno e nell'altro caso, consistente in questo, che ciascuno dei due istituti cioè rappresenta un frammento ed una parte più o meno estesa del dominio. Nè bisogna dimenticare che per diritto romano, come per le legislazioni moderne (art. 483 *cod. civ. ital.;* art. 587 *cod. francese;* §§ 510 *codice gen. austriaco;* art. 497 *codice per gli Stati sardi)* allorquando l'usufrutto cade sopra cose fungibili, delle quali non può farsi uso senza consumarle, la proprietà di esse si trasferisce nell'usufruttuario, salvo in quest'ultimo l'obbligo di restituire l'uguale quantità, qualità e valore, ovvero il prezzo delle medesime alla fine dell'usufrutto: *Si vini, olei, frumenti ususfructus legatus erit, proprietas ad legatarium transferri debet et ab eo cautio desideranda est, ut quandoque is mortuus aut capite deminutus sit, ejusdem qualitatis res restituatur, aut aestimatis rebus certae pecuniae nomine cavendum est* (GAJO, fr. 7 Dig. *de usufr. ear. rer. quae usu consum.,* VII, 5). Oltre di che si porge decisiva l'autorità del giureconsulto GAJO, quando insegna che, per effetto della divisione, può a taluno dei coeredi aggiudicarsi la nuda proprietà mentre all'altro si aggiudica il semplice usufrutto, senza che nessuno dei due perda menomamente il titolo e la qualità di erede: *Constituitur adhuc ususfructus,* sentenzia egli, *et in judicio familiae erciscundae, et communi dividundo, si judex alii proprietatem adjudicaverit, alii usumfructum* (fr. 6,

§§ 1, Dig., *De usufr. et quemadm,* VII). E il legislatore italiano, al pari degli altri legislatori moderni, lungi dal contraddire in qualche modo alla dottrina tradizionale del diritto romano che ha raccolto sostanzialmente, si mostra più esplicito ancora nel considerare l' usufrutto come una parte di dominio riguardo alla cosa che ne forma l'oggetto. Ciò si rileva chiaramente dalla definizione stessa dell' usufrutto. Imperocchè, mentre il diritto romano lo definiva semplicemente: *jus alienis rebus utendi fruendi* (fr. 1, Dig. *de usufr. et quemadm.,* VII, 1; *Instit., de usufr.,* II, 4, pr.); il legislatore italiano, seguendo le tracce del legislatore francese, dopo aver detto che l' usufrutto « è il diritto di godere « delle cose di cui altri ha la proprietà », soggiunge formalmente « *nel modo che ne godrebbe il proprietario* » (art. 477 *codice civile ital;* 578 *codice civ. francese.*

Siffatta equiparazione quanto al godimento tra l' usufruttuario e il proprietario, stabilita direttamente dalla legge, riuscirebbe certo inconcepibile, se non si riconoscesse nel primo, secondo il concetto legislativo, una parte di dominio sopra la cosa formante oggetto di usufrutto. E che sia veramente questo il concetto del legislatore, ce ne porge ampia conferma la disposizione dell' articolo 1967, n. 2 del codice civile patrio, che riconosce *capace d' ipoteca l' usufrutto degl' immobili.* Or come sarebbe ciò possibile, trattandosi che l' ipoteca costituisce un diritto reale sopra la cosa immobile altrui,. se non rappresentasse l' usufrutto una parte di dominio distinto da quello della nuda proprietà? Oltre di che bisogna ricordare, come la dottrina comune si accordi nel ritenere che l' usufruttuario, quantunque non possa imporre delle vere servitù che abbiano il carattere della perpetuità e che obblighino il nudo proprietario, sopra il fondo usufruito, appunto perchè soggetto a cessare colla di lui morte il diritto di usufrutto, possa tuttavia concedere dei diritti analoghi

alla servitù esercibili durante tutto il tempo dell' usufrutto, purchè i medesimi non vengano a ledere per nulla i diritti e gl' interessi del nudo proprietario. (Pardessus, II, 247; Toullier, III, 567; Duranton, V, 541; Zachariae, §§ 250, testo e nota 2; Aubry et Rau, III, §§ 250, pag. 72 testo e nota 4; Demolombe, XII, 736; Laurent, VII, 159). Questa facoltà d' imporre servitù, riconosciuta comunemente nell' usufruttuario dalla dottrina, si porge analoga a quella che riconosce direttamente la legge nel nudo proprietario (art. 635 *cod. civ. ital.*). Nessuno dei due, avendo ciascuno una frazione staccata del dominio, può imporre sul fondo delle servitù nella guisa stessa in cui può imporle colui che ha il dominio intero di esso, essendo entrambi tenuti a rispettarsi reciprocamente il diritto che ciascuno di loro possiede sopra il fondo medesimo, e che costituisce un limite insuperabile riguardo all' altro. Come il semplice usufruttuario non può imporre validamente sul fondo una servitù che leda i diritti del nudo proprietario, e che leghi questo dopo la cessazione dell' usufrutto; così neanche il nudo proprietario, per motivi analoghi, può imporre da solo una servitù che rechi pregiudizio ai diritti dell' usufruttuario (art. 635 *cod. civ.*); ed imponendola, essa potrà ricevere piena efficacia solo dal giorno in cui viene a cessare l' usufrutto. Sarà diverso il contenuto e l' intensità della parte di dominio che l' usufruttuario e il nudo proprietario vantano riguardo alla medesima cosa; e nei limiti di essa potrà ciascuno di loro liberamente disporne anche sotto forma della concessione di servitù, le quali, concesse dal nudo proprietario, acquistano piena efficacia dal giorno in cui l' usufrutto si consolida colla nuda proprietà, mentre concesse dall' usufruttuario la perdono da quel giorno stesso. Ma d' altro canto bisogna pur convenire che ciascuno di loro, nella propria sfera, possiede ugualmente una frazione di dominio. Del resto però qualunque, nonostante

l' evidenza delle ragioni qui addotte, possa essere l'opinione che vogliasi abbracciare circa la natura giuridica dell'usufrutto; certo è che nulla vi ha d' incompatibile fra la qualità di usufruttuario e quella di erede, quando si succede nell' usufrutto a titolo universale per una quota dell' intero patrimonio, giacchè riguardo alla medesima si ha sempre la rappresentanza del defunto. E siffatta dottrina essendo, come dianzi si è visto, quella del diritto romano (fr. 6 pr. Dig., *de usufr. et quemadm.*, VII, 1; fr. 4, Dig., *de usu usufruct. et reditu,* XXXIII, 2; §§ 1. *Inst., de usufr.,* II, 4), non vi ha motivo perchè debba essere respinta sotto l' impero del codice civile italiano, il quale, secondo risulta dalle ultime considerazioni esposte, è venuto a suggellare ancor meglio l' indole dominicale dell' usufrutto.

Dimostrata insussistente la pretesa incompatibilità tra il titolo di usufruttuario e quello di erede, cade da sè la seconda obbiezione ripetuta dal supremo Collegio subalpino; che cioè se il legislatore avesse voluto attribuire la qualità di erede all' usufruttuario di una quota o dell' intero patrimonio lasciato dal defunto, lo avrebbe fatto rispondere, non soltanto per gl' interessi dei legati e dei debiti di questo ultimo; ma gli avrebbe imposto altresì l' obbligo di rispondere, in concorso coll' erede proprietario, del capitale stesso dei legati e dei debiti gravanti sopra la successione. Manca quindi evidentemente in lui, si conclude, insieme alla rappresentanza del defunto, la qualità di erede — Eppure, dove si guardi all' intima sostanza delle cose, le disposizioni legislative, da cui traggono siffatto argomento in contrario gli avversarii, sono quelle che meglio valgono a suggellare la qualità di erede nell' usufruttuario di una quota di patrimonio, e per conseguenza benanche nel coniuge superstite!

Giova pria di tutto notare come la Cassazione di Torino adopera una formola talmente incerta ed indeterminata, per espri-

mer siffatta obbiezione, da rivelare una grande confusione nella mente di chi redasse la sentenza qui esaminata. Ivi di fatti si dice: « Oltre di che l'usufruttuario non è tenuto a pagare i de-« biti del proprietario, ma solo a concorrere a quelli esistenti « nella cosa concedutagli, giusta gli art. 507, 508 e 509; e l'e-« rede invece deve soddisfare tutti i debiti e gli obblighi del « defunto, appunto perchè succede nell'*universum jus,* ed in « lui si compenetra la rappresentanza dello stesso defunto ».

Lasciando da parte la disposizione dell'art. 507, giacchè nessuna influenza esercita essa in contrario, se pur non la esercita in favore, nella presente quistione; certo è però che le disposizioni degli articoli 508 e 509 sono rivolte a denotare un duplice ordine di idee, e a regolare due ipotesi del tutto diverse. Come tali quindi costituiscono la più aperta condanna della confusione fatta dal supremo Collegio subalpino. La disposizione dell'art. 508 regola il caso dell'usufrutto cadente sopra *cose particolari;* mentre invece la disposizione dell'art. 509 non fa che regolare il caso dell'usufrutto cadente sopra *un patrimonio* od una *quota di patrimonio.* E in ciascuna di queste due ipotesi, diversi sono gli obblighi che la legge impone all'usufruttuario circa il pagamento dei debiti contratti dalla persona onde promana l'usufrutto. L'art. 508 infatti dispone formalmente che, « i *debiti* pei quali il fondo sia ipotecato, i *censi* e le *rendite* « *semplici,* imposte sul medesimo, *non sono a carico dell'usu-* « *fruttuario di una o più cose particolari* ». Nè contento di ciò soggiunge: « Se questi (l'usufruttuario) è costretto al loro « pagamento, *ha regresso* contro il *proprietario.* — Per contro la disposizione dell'art. 509 trovasi concepita nei seguenti termini: « L'usufruttuario di un *patrimonio* o di una *quota* di « *patrimonio* deve per *intiero* o in *proporzione della sua quota,* « *soggiacere al pagamento di tutte le annualità sì perpetue*

« *come vitalizie e degli interessi di tutti i debiti o legati,* di « cui il patrimonio è gravato ». Quando l' usufrutto ha per oggetto *cose particolari,* l' usufruttuario evidentemente non è che un successore a titolo particolare, e per sonseguenza un semplice *legatario:* come tale sapientemente la legge lo esime, in modo assoluto, da qualunque obbligo circa il pagamento dei debiti e dei pesi onde le cose soggette all' usufrutto trovansi gravate. Viceversa poi, allorquando l' usufrutto ha per oggetto tutto un *patrimonio* od una *quota di esso,* dal fatto che la legge, con disposizione formale, tenendo un criterio decisamente opposto a quello tenuto nel primo caso, dichiara obbligato l' usufruttuario, per *l' intero* o in *proporzione della sua quota,* al pagamento delle *annualità* di ogni genere non che al pagamento altresì degli *interessi di tutti i debiti o legati* da cui il patrimonio è gravato, erompe spontaneo il concetto del legislatore; di aver voluto cioè riconoscere tassativamente nell' usufruttario di patrimonio o di una quota di esso la qualità di successore a titolo universale, e come tale, una parte di rappresentanza del defunto; senza di che non potrebbe rispondere, comunque per gl' interessi soltanto, dei debiti e dei legati gravanti sul patrimonio. Anzi la parola stessa sacramentale *legati,* per gl' interessi dei quali la legge dichiara formalmente tenuto l' usufruttuario di patrimonio o di una quota di esso, è troppo significativa per denotare come il legislatore gli attribuisca direttamente una qualità diversa da quella del semplice *legatario,* una volta che lo dichiara tenuto al pagamento degli interessi, non pure dei debiti, ma benanche dei legati. Un legatario tenuto in un modo qualsiasi al soddisfacimento dei legati, non è possibile a concepirsi, salvo che trattisi di pesi particolari, relativi alla cosa legata o in occasione della cosa legata, direttamente imposti per testamento del *de cujus.*

Qui per contro è imposto direttamente dalla legge l' obbligo

di concorrere, circa gl' interessi, al pagamento proporzionato dei debiti, legati e pesi ereditarii. Nè riguarda esso debiti e pesi speciali, ma sibbene tutti, nel loro complesso, i pesi, i debiti ed i legati onde trovasi l' intero patrimonio gravato (art. 509 cod. civ.); mentre la legge stessa nel caso inverso, quando l' usufrutto cade sopra cose particolari, esonera tassativamente l' usufruttuario dall' obbligo di corrispondere financo i censi e le rendite semplici gravanti sul fondo sottoposto ad usufrutto. Questa differenza sostanzialmente profonda di trattamento nei due casi riuscirebbe, oltrechè assurda, del tutto inesplicabile se il legislatore non fosse guidato dal criterio: nel primo caso che l' usufruttuario di patrimonio ha una parte di rappresentanza del defunto, e quindi la qualità di erede; e che viceversa nel secondo caso l' usufruttuario di cose particolari, come semplice legatario, non vanta nessuna rappresentanza giuridica del defunto. Osservava profondamente in proposito la Corte di appello di Parma, nella magistrale sentenza più volte citata, che l' art. 509 impone all' usufruttuario della totalità o di una quota di patrimonio, il pagamento non dei debiti ai quali potrebbe il medesimo essere obbligato come colui che gode dei frutti dei fondi sottoposti all' usufrutto; ma dei debiti del patrimonio, cioè della successione, inclusivi i legati, che sono a peso dei successori come rappresentanti a titolo universale del defunto. Queste idee sono di una evidenza talmente intuitiva, che reca grande meraviglia come mai siano sfuggite all' alto intelletto del supremo Collegio subalpino, e delle altre supreme magistrature che hanno battuto al pari di esso la medesima via. E la meraviglia diviene anche maggiore quando si pensa che il legislatore italiano non ha fatto altro, negli articoli sopracitati, che riprodurre perfettamente la dottrina stessa del diritto romano. Difatti sentenziò profondamente il giureconsulto Venulejo, secondo la giusta lezione fattane dal Fabro: *Nonnihil*

interest utrum bonorum quis, an rerum certarum usumfructum legaverit. Nam si bonorum ususfructus legabitur, etiam aes alienum ex bonis deducetur, et quod in actionibus erit computabitur. At si certarum rerum ususfructus legatus erit, non idem observabitur. (fr. 43 dig., *de usu et usufr. et red.*, XXXIII, 2). Oltredichè va notato un responso del giureconsulto Pomponio, secondo cui l'usufruttuario del patrimonio, qual successore, al pari d'ogni altro erede, nell'*universum jus defuncti* — comprese le cose fungibili che vennero considerate suscettive di usufrutto con apposito senato consulto, - era tenuto, in concorso del successore per la nuda proprietà, al soddisfacimento di tutti i debiti che affettavano il patrimonio successorio: *Usufructu bonorum legato, aes alienum ex omnibus rebus deducendum est: quoniam post senatus consultum nulla res est, quae non cadit in ususfructus legatum* (fr. 69 *Dig., ad leg. falcid.*, XXXV, 2).

Data la certezza irrefragabile dei principii qui esposti, che sono l'espressione immediata di quelli consacrati testualmente dal legislatore, non può essere dubbia la conseguenza che il coniuge superstite, circa l'usufrutto deferitogli dalla legge, poichè il medesimo concerne una quota dell'intero patrimonio come totalità giuridica dei beni e dei diritti che lo compongono, abbia essenzialmente una parte di rappresentanza del defunto, e come tale anche la qualità di erede, che ad essa, come a causa efficiente, logicamente si collega. L'accettazione, come per gli altri eredi, anche per il coniuge usufruttuario, quando non abbia luogo col beneficio d'inventario, produce l'effetto che il medesimo sia tenuto *de proprio ultra vires hereditatis*. Tale confusione che avviene intera quando unico sia l'erede chiamato a raccogliere l'intero patrimonio, tanto riguardo alla proprietà quanto riguardo all'usufrutto, avviene per parti allorquando più siano gli eredi chiamati a raccogliere la successione del defunto riguardo alla

proprietà e all' usufrutto nel tempo stesso. E in tal caso, nella misura precisa in cui ciascuno dei coeredi sarà chiamato alla successione, avrà esso la rappresentanza del defunto per gli effetti di partecipare proporzionatamente ai dritti e agli obblighi, ai crediti e ai debiti proprii del defunto; come pure di concorrere, nella stessa misura, *de proprio* al pagamento dei debiti ereditarii *ultra vires,* laddove il passivo superi l' attivo (art. 1027 e 1029 cod. civ. ital.). Ora, sotto diverso aspetto, avviene precisamente lo stesso nel caso in cui, di due o più persone taluna sia chiamata a succedere per la proprietà, tal' altra per l' usufrutto. Tutte continuano e rappresentano la persona del defunto, perchè in tutte si realizza l' *universum jus defuncti;* ma ciascuna però riguardo alla sua quota. E poichè in tal caso le quote rispettive, cui succedono le persone chiamate all' *universum jus defuncti,* differiscono non solo per la quantità, ma benanche per la qualità, in quanto taluna succede nell' usufrutto, tal' altra nella proprietà; uopo è logicamente che la rappresentanza del defunto si decomponga, come per l' attivo anche per il passivo, ne' due elementi degl' interessi e del capitale, del godimento e della disposizione. La regola posta dall' art. 509, quindi, non è che la più ampia ed irrecusabile conferma della qualità di erede nell' usufruttuario a titolo universale; in quanto, succedendo egli nell' usufrutto, cioè negl' interessi, *fructus,* riguardo all' attivo, dee logicamente rispondere anche degli interessi riguardo al passivo, da cui è gravato il patrimonio. Gli interessi dei debiti ereditarii sono il peso dei frutti, come il capitale costituisce il peso della proprietà: di quelli ne risponde l'erede usufruttuario anche *ultra vires,* di questo l' erede proprietario *ultra vires* anche lui; ma ciascuno *però* relativamente alla natura della quota che percepisce sull' *universum jus defuncti.* E allora come negare che l' erede usufruttuario rispondendo, proporzionatamente alla sua

quota, di tutti gli interessi ed annualità de' debiti e legati ereditarii, non abbia sotto questo aspetto la rappresentanza del defunto, e quindi pure la qualità di erede? Per negare ciò, bisognerebbe dimostrare ch' egli, accettando senza benefizio d' inventario, non abbia obbligo di pagare gl' interessi e le annualità de' debiti e legati, oltre la misura de' frutti ed interessi che realmente percepisce. Ciò non può dimostrarsi, perchè assoluta è la disposizione dell'art. 509. Si porge, dunque, irrefragabile la conseguenza che il coniuge superstite, riguardo alla sua quota di usufrutto, rappresenta il defunto, ed è perciò erede. (V. *La nuova fase del diritto civile,* 267 a 269).

Destituito infine di qualsiasi valore giuridico è il terzo argomento invocato dal supremo Collegio subalpino, al pari degli altri che professano la medesima dottrina, in sostegno della sua tesi; che cioè « avendo il legislatore parlato del coniuge in con-
« trapposto agli eredi del testatore, ed autorizzato costoro a
« soddisfare l' usufruttuario di ogni suo diritto con una somma
« di denaro (art. 819 e 753 capov. ult. cod. civ.) ha dimostrato
« chiaramente che non intende considerare il coniuge pei suoi
« diritti di usufrutto come un coerede, un continuatore della
« personalità giuridica del defunto ».

La parola *eredi* usata dal legislatore nell' art. 819, in contrapposto a quella di *coniuge,* le cui ragioni possono soddisfare i primi mediante una rendita vitalizia o mediante i frutti di beni immobili o capitali ereditarii, nulla in verità dice a favore della teoria opposta. Imperocchè, come fu bene osservato, la parola *eredi* usata in contrapposto a quella di *coniuge* avrebbe avuto un valore nel senso del sistema contrario, qualora soltanto, col vocabolo *eredi,* avesse voluto il legislatore denotare le altre persone, del pari che il coniuge, aventi diritti a riserva; mentre invece nell' art. 819, dove trattasi della successione testamentaria,

è usata per indicare gli eredi direttamente istituiti dal testatore, che possono essere anche persone estranee, a differenza del coniuge successore necessario per legge nonostante *l'inofficiosa preterizione* dell' uomo (SCARLATA-PREVITERA, *la quota di legittima del coniuge superstite,* pag. 45 e 46). E la inanità di siffatto argomento, tratto dalla diversità di locuzione adoperata dal legislatore, appare benanche più evidente quando si pensa che, secondo l' art. 818 la riserva del coniuge come quella dei figli naturali, forma una detrazione della quota disponibile. Onde dee, come tale, soddisfarsi dalle persone chiamate a succedere per testamento; le quali perciò la legge chiama *eredi* nell' art. 819 in contrapposto del *coniuge* che raccogliendo, a titolo di riserva, una quota di usufrutto, o, meglio, secondo il disposto dell' art. 753, l' usufrutto di una *porzione ereditaria,* è senza dubbio erede, per disposizione stessa di legge. Circa la facoltà poi che la legge conferisce ai figli legittimi, coll' art. 753 cap. ult., di soddisfare l' usufrutto della porzione ereditaria spettante al coniuge superstite nei modi stabiliti dall' art. 819, rappresenta essa un *mudus solutionis* che non altera, nè offende menomamente la natura giuridica del diritto attribuito a quest' ultimo dalla legge per effetto della delazione. Obbietto del diritto, spettante al coniuge superstite sopra la successione intestata del coniuge defunto, è la quota reale di usufrutto che la legge gli conferisce. Egli dunque, finchè non sia soddisfatto secondo stabilisce l' art. 819, dai figli legittimi, in concorso coi quali è chiamato e nel numero dei quali è compreso per disposto espresso della legge (art. 753), rimane necessariamente in uno stato di comunione coi medesimi circa il godimento della eredità che, per la sua quota di usufrutto, essendo questo *pars dominii,* gli appartiene senza dubbio come *condominus.* Ciò risulta, nella maniera più inconcussa, dalla disposizione formale dell' art. 819 capov., cui si rife-

risce tassativamente il legislatore coll' ultimo capoverso dell' art. 753; giacchè ivi sta detto: « Sino a che il coniuge non sia sod-« disfatto delle sue ragioni, *conserva* i suoi diritti di usufrutto « su tutti i beni ereditarii ». Se questi diritti, che sono indubbiamente diritti reali e dominicali, sopra tutti i beni ereditarii, li *conserva* il coniuge superstite sinchè i figli legittimi non siansi valsi della *facultas solutionis* loro conferita dalla legge, ciò vuol dire ch' egli li acquista fin da principio per effetto della delazione. I coeredi hanno soltanto la facoltà di tradurre in corrispettivo il *jus in re*, spettante al coniuge sopra la totalità del patrimonio ereditario; ma questo, se immuta la modalità o meglio l' obbietto del diritto, non cambia per nulla la sostanza e la natura giuridica di esso: *pretium succedit in locum rei.* Ha luogo, mediante l' esercizio di siffatta facoltà, una specie di riscatto od espropriazione forzata delle cose costituenti l' obbietto della sua quota ereditaria, come ce ne offre un esempio analogo il diritto romano (fr. 32, §§ 8 Dig., *de usufr. et reditu* XXXII, 2); pur rimanendo integra nel tempo stesso la natura giuridica del diritto spettante al coniuge, quale si era nel momento dell' aperta successione. Avviene in tal caso precisamente quello che suole avvenire nel caso in cui l' erede, o alieni o doni ad un estraneo la sua quota successoria: l' estraneo acquisterà materialmente i beni che compongono siffatta quota, ma conserverà giuridicamente lui la qualità di erede (art. 936, 937 e 938 cod. civ.) e risponderà personalmente lui, proporzionatamente alla sua quota, dei debiti ereditarii (art. 1027 e 1029, cod. civ. it. — V. La *nuova fase del diritto civile,* pag. 270).

Se le considerazioni quì sopra esposte rispondono, come pare, al testo e allo spirito delle disposizioni legislative, guardate nel loro insieme organico; mi sarà, spero perdonato l' ardimento di

essere insorto a combattere, in nome della legge stessa, nell'ultimo pronunziato della Cassazione di Torino, un indirizzo erroneo della giurisprudenza, tanto più deplorevole in quanto ha ricevuto il suggello autorevole di tre fra le cinque Corti di cassazione del regno. Ad ogni modo non sarà stata opera del tutto inutile la mia, non foss' altro per richiamare ancora una volta l' attenzione degli studiosi e dei magistrati sopra questo importante argomento, riguardo a cui potea dirsi pressochè chiusa la discussione, in vista di tanta moltiplicità e di tanta autorità di suffragi a favore della dottrina contraria. É da augurarsi quindi che, prima di pronunziare l' ultima parola definitiva sulla quistione, vengano nuovamente sottoposti ad attento e maturo esame i validi argomenti che militano contro la dottrina che nega la qualità di erede al coniuge superstite nella successione intestata del coniuge defunto in concorso coi figli legittimi; per vedere se non siano siffatti argomenti quelli che meglio servono ad incarnare il pensiero del legislatore.

Ora dato, come sono fermamente convinto in base alle molteplici e decisive considerazioni dianzi svolte, che il pensiero del legislatore sia quello di attribuire al coniuge superstite il titolo e la qualità di erede, benanche quando, in concorso di figli legittimi, sia chiamato esso alla successione intestata del coniuge defunto; ne deriva logica ed inconcussa la conseguenza che debbono riguardo a lui, sia pro sia contro, prodursi quegli effetti giuridici che dalla qualità di erede sogliono, in ogni caso, costantemente derivare. Principali tra essi son questi:

1) Il possesso della quota ereditaria di usufrutto passa nel coniuge *ipso jure* per effetto della legge, senza che abbia egli l'obbligo di chiederne l' investitura ai figli legittimi, fin dal momento dell' aperta successione (art. 925 cod. civ.). Nè può estendersi al coniuge la disposizione dell' art. 927 che nega il possesso

di diritto ai figli naturali quando concorrono coi legittimi; giacchè trattasi di disposizione del tutto eccezionale, che non può quindi avere nessuna efficacia oltre il caso tassativamente indicato dalla legge (V. *Nuova fase del diritto civile,* pag. 272 e 273).

2) Al coniuge superstite compete, in secondo luogo, tanto l' azione di *petizione* quanto quella di *divisione* della eredità, non potendo altrimenti realizzare la quota di beni che la legge gli conferisce sopra la successione intestata del coniuge defunto. E per l' istesso scopo, come pure per non restare abbandonato all' arbitrio e al mal volere dei figli legittimi, gli compete ugualmente il diritto di chiedere l' inventario, e di assistere alla formazione di esso.

3) Il coniuge superstite finalmente, per effetto della sua qualità di erede, partecipa, circa la sua quota di usufrutto, tanto alle accessioni quanto alle diminuzioni del patrimonio ereditario. E ciò senza tener conto se i figli legittimi siansi valsi o no della facoltà loro conferita dalla legge giusta il disposto combinato degli art. 753 e 819; giacchè questa *facultas solutionis* fa cambiare unicamente l' oggetto, ma non pregiudica nè altera per nulla l' intima natura del diritto ereditario qual si è acquistato fin da principio, e che come tale *accessionem et decessionem in se recipit* (Fr. 178 § 1, Dig. *de verb. signif.*, L, 16). Di qui una doppia conseguenza. L' una che la quota di usufrutto del coniuge superstite viene ad aumentarsi, per diritto di accrescimento, tutte le volte che taluno dei figli legittimi, coi quali concorre e nel numero dei quali è compreso, per causa di assenza, d' indegnità o di premorienza senza discendenti, ovvero di rinunzia, non raccoglie la parte di successione deferitagli dalla legge (art. 753 cod. civ.). L' altra poi che il coniuge superstite, laddove accetti l' eredità senza benefizio d' inventario, sia tenuto a pagare gl' interessi dei debiti gravanti la successione *ultra vires,* anche

quando cioè la misura dei frutti che raccoglie riguardo alla sua quota sia inferiore alla misura proporzionata degli interessi prodotti dai debiti onde la successione trovasi gravata (art. 509, 1027 e 1029 cod. civ.).

Le disposizioni legislative bisogna studiarle e interpretrarle, non isolatamente, ma nel loro complesso ed insieme organico; giacchè soltanto in questo sta riposta la *mens legis*. Oltredichè bisogna che l' interprete adoperi ogni cura per eliminare, nei limiti del possibile senza usurpare facoltà superiori, tutte quelle contraddizioni ed antinomie cui l' esame disgregato di particolari disposizioni legislative parrebbe dar luogo; dovendo innanzi tutto ricercarsi la coerenza e l' armonia nel pensiero espresso staccatamente dal legislatore. E laddove le contraddizioni e le antinomie abbiano causa veramente dalla legge, sarà obbligo preciso dell' interprete il contenerle almeno negli stretti confini segnati dalla legge stessa.

Or il legislatore italiano, proponendosi di riparare un' antica ingiustizia, ha compiuto certamente in questa parte una grande riforma col chiamare sempre il coniuge superstite alla successione del coniuge defunto in concorso di qualsiasi persona, e col togliere a siffatta successione il carattere di successione irregolare. Fra gli ordini regolari di successori legittimi adunque ci sta pure il coniuge superstite. La sua quota cambia soltanto riguardo alla entità economica, ma vien commisurata sempre riguardo all' *universum jus defuncti;* come lo investe sempre del pari di una parte di rappresentanza, dovendo rispondere sempre, proporzionatamente alla natura ed all' entità della sua quota, dei debiti ereditarii. Cosa importa che nel caso in esame la sua quota sia di usufrutto, quando vien denominata sempre dalla legge porzione ereditaria, quando lo fa partecipare ugualmente alla rappresentanza del defunto, e quando infine non esiste

nessuna incompatibilità tra la qualità di usufruttuario a titolo universale e quella di erede? Vi sarà differenza nei risultati economici, non già nei caratteri ed effetti giuridici. E allora perchè creare un antagonismo che non è nella legge? Certo le tradizioni ed i preconcetti storici hanno avuto ed hanno tuttavia una gran parte nel porgere alimento alla teoria quì combattuta ma essa non è veramente quella del legislatore italiano. Potrà essere rispettabile per l'autorità che le viene dal suffragio concorde di tre Corti di cassazione; ma merita invece di esser rispettata e seguita la teoria opposta, come quella che attinge la sua autorità e la sua forza direttamente dalla legge.

VII

Il creditore di una rendita perpetua, se esige in buona fede, non è tenuto a restituire più di quattro annualità a colui, che, reputandosi erroneamente debitore, l' abbia pagato per molti anni.

(Estratto dalla Gazzetta del Procuratore — 15 Febbraio 1879).

« Ogni pagamento presuppone un debito: » è disposizione testuale dell' art. 1237 del Codice civile, il quale soggiunge: « ciò, che è pagato senza esser dovuto, è ripetibile. »

Chi paga adempie una obbligazione: *Facit quod facere promisit; praestat quod est in obbligatione* (Fr. 176 Dig. de verbor. signif. L. 16.). Siffatta obbligazione nel debitore emerge o dal contratto o dalla legge: il primo inchiude comunemente uno scambio di valori e di utilità, tra le parti — *do ut des, facio ut facias;* — la seconda suppone sempre che taluno abbia tratto indebitamente profitto dalla cosa o dall' opera altrui; o che, anche senza trarne profitto, abbia col fatto proprio recato danno ad altri; così nel primo come nel secondo caso si è tenuto *ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum,* sia nel fine di ricambiare un servigio ottenuto, sia nel fine di risarcire un danno apportato.

Colui che paga per errore, senza che abbia un debito o l' animo di fare atto di beneficenza, paga senza causa, e può quindi, colla *condictio indebiti* dimandare la restituzione di tutto quanto ha effettivamente pagato; perchè nessuno debbe arricchirsi col danno altrui. Quest' azione si prescrive con trenta anni; la legge non accenna a prescrizione più breve, e la ragione si porge

evidentissima; chè non bisogna chiudere troppo presto le vie a riparare una perdita, la quale ha per causa l'errore, e per effetto l'impoverimento di colui che ha pagato ciò che non doveva.

Tale soluzione sembra la più corretta, e la più conforme ai principii generali di Dritto ed alle disposizioni stesse del Codice, il quale coll'art. 1145 stabilisce i termini precisi: « Chi per errore o scientemente riceve ciò, che non gli è dovuto, è obbligato a restituirlo a colui dal quale lo ha indebitamente ricevuto »; ma non è sempre vera, nè giusta in ogni caso.

Non basta guardare al semplice rapporto sorgente tra colui che paga e quegli che indebitamente riceve; ma occorre esaminare eziandio se colui che riceve il pagamento, comunque non abbia un credito direttamente contro la persona che paga, abbia nondimeno un credito effettivo, rimpetto al quale cade l'errore di chi paga e di chi riceve; il primo col credersi vero debitore, il secondo col ritenere colui che paga come la persona direttamente tenuta ad adempiere l'obbligazione. E in tale ipotesi bisogna indagare per giunta, se il creditore, esigendo dal debitore presunto, siasi spogliato in buona fede del titolo di credito, o non sia più in grado, per qualunque eccezione che possa essergli opposta dal vero debitore, di esercitare contro quest'ultimo le sue ragioni di credito. É il medesimo errore che ha informato la condotta dell'uno e dell'altro, e si deve ad esso se il creditore non può più *ex integra causa* esercitare il suo dritto contro il debitore effettivo: bisogna vedere su chi dei due debbano ricadere le conseguenze giuridiche di siffatto errore.

Il creditore ha errato bensì nell'esigere da colui che non doveva, ma il suo errore non riflette che semplicemente la persona del debitore, ed ha dato nel resto prova evidente di operosità e di diligenza, esigendo a tempo un credito che è nel suo patrimonio. Ma l'errore del debitore non pure è più grave, in

quantochè cade sulla persona e sulla cosa, ma è meno scusabile altresì; poichè, mentre il primo conserva, il secondo consuma, e non è del diligente padre di famiglia privarsi a pro di altri di una cosa, senza che siavi tenuto in virtù di un' obbligazione, lasciandosi trarre per avventura dalle apparenze di un titolo che in realtà non esiste. Bisogna che ciascuno abbia un esatto bilancio dei suoi crediti e dei suoi debiti: *Culpam esse, quod, cum a diligenti provideri poterit, non esset provisum* (Fr. 31. Dig. ad leg. Aquil. IX. 2.).

Onde evidente s' impone in tal caso la soluzione che il creditore, laddove a causa del pagamento compiuto dal debitore presunto, non possa più esercitare utilmente le sue ragioni per essere pagato dal vero debitore, non debb' essere tenuto a restituire ciò che ha esatto. Nè s' invocherebbe a proposito la massima di equità « *Natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem* » (Fr. 14, Dig. de cond. indeb. XII. 6); poichè essa depone fieramente in contrario. Il creditore difatti non si arricchisce, ma conserva ciò che legittimamente gli era dovuto; colui che paga s' impoverisce sì, ma per sua colpa, per sua ingiustificabile negligenza ed imperizia « *Imperitia culpae adnumeratur* » (Fr. 32. Dig. de reg. jur. L. 17.) — « *Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire.* » (Fr. 203. Dig. de reg. jur. L. 1.). Se qualcuno si arricchisce in siffatta ipotesi non è che il debitore effettivo; e contro di lui debbe lasciarsi libero il campo a favore della persona che ha indebitamente pagato per potervi esercitare l' azione di regresso. Potrà uscire vittorioso o sconfitto dalla pugna giudiziale che impegnerà col vero debitore, ma sarà sempre suo l' utile o il danno come sua è stata l' imprudenza e la colpa nel pagare ciò che non doveva.

Questo principio è testuale nell' art. 1146 del Codice civile:

« Chi per errore si credeva debitore, quando abbia pagato il debito, ha il dritto della ripetizione contro il creditore ».

« Cessa però tale dritto, se il creditore, in conseguenza del pagamento si è privato in buona fede del titolo e delle cautele relative al credito; nel qual caso a colui che ha pagato è salvo il regresso contro il vero debitore. »

Principio dialettico e che contempera felicemente i dettati della morale con quelli del dritto, quello contenuto in siffatta disposizione non esitiamo punto ad applicare interamente al caso in esame. Il creditore di un' annua rendita pagatagli per moltissimi anni da un debitore presunto, non è tenuto a restituire a quest' ultimo che sole quelle annualità, le quali non sono comprese nella prescrizione di cinque anni, che, a norma dell' art. 2144, il suo vero debitore sarebbe nel diritto di opporgli. Egli eccepisce bene pel resto delle annualità, semprechè sia stato di buona fede, quella prescrizione istessa che a lui sarebbe inesorabilmente eccepita dal suo debitore effettivo.

Nè ci si opponga che il legislatore nell' art. 1146 parla espressamente « del titolo e delle cautele relative al credito » e che queste non debbono assumersi oltre il loro significato letterale. Niente di più erroneo. É titolo qualunque ragione o causa giuridica per cui possa esercitarsi un' azione, il documento spesso ne è la parte materiale e probatoria: ed è cautela qualunque guarentigia, qualunque condizione giuridica che renda effettivamente esigibile un credito. Or qui il titolo, sebbene sussista, è reso inefficace dall' eccezione che il debitore opporrà sicuramente al creditore che lo conviene, di aver lasciato trascorrere cioè il tempo determinato dalla legge per l' esperimento della sua azione creditoria; ed un titolo inefficace è un titolo che manca e che ha perduto le condizioni legali per essere produttivo di effetti giuridici. Se il creditore non è più in grado di poter esi-

gere dal vero debitore le annualità scadute oltre il quinquennio, ciò non è imputabile che alla condotta inconsulta ed al fatto imprudente di colui che ha pagato; deve questi a suo rischio e pericolo tentare la sorte di un giudizio, perchè possa coll' azione di regresso venire rimborsato dal vero debitore. É stata sua la colpa e suo debb' essere il danno, se danno vi sarà. In questo senso, per caso analogo, può leggersi un arresto della Corte di Cassazione di Torino del 22 luglio 1871 (1).

Qualunque sia del resto il destino che sarà per incogliere all' azione di regresso promossa dal debitore supposto contro il debitore effettivo, egli non avrà mai il dritto di ripetere dal creditore più di quelle annualità, per cui quest' ultimo potrà efficacemente convenire il suo vero debitore. Non è dato ad alcuno di pregiudicare impunemente col fatto proprio gli interessi e le ragioni altrui. « *Non debet alteri, per alterum iniqua conditio inferri* ». Fr. 74. Dig. de reg. jur. L. 17.

Nondimeno si crede da taluni, che l' azione d' indebito prescrivendosi solamente con 30 anni, debbe in ogni caso, finchè non sia decorso questo termine, riconoscersi l' obbligo nel creditore di restituire tutte le annualità indebitamente esatte, se non può per taluna di esse eccepire la prescrizione trentennale. Siffatta opinione poggia in un equivoco che è d' uopo chiarire.

Quando taluno paga quel che deve, possono accadere due casi: o che si paghi un debito che obbiettivamente non esiste, come quando l' erede paga un legato che indi con testamento posteriore è stato rivocato; o che si paghi un debito, il quale obbiettivamente esiste fuori dubbio, ma non esiste subbiettivamente di fronte a colui che ha pagato, il quale può essere stato tratto in inganno o dalla identità di nome col vero debitore, o

(1) *Annali di Giurisprudenza* anno 1871 vol. V. p. 240.

da qualunque altra ragione capace di costituirlo debitore apparente. Son due casi diversi contemplati in due articoli diversi 1145 e 1146; nel primo non si ha nè debito nè credito, in faccia a nessuno, nel secondo si ha un credito e un creditore, ma non è debitore colui che paga.

Il rapporto giuridico nascente nel primo caso è semplice ed unico, poichè abbiamo di fronte una persona che si arricchisce ed un' altra che s' impoverisce senza causa; l' una è tenuta a restituire, l' altra è in facoltà di ripetere quel che ha pagato senza esser dovuto. Ciò lo dice chiaramente l' art. 1145 del Codice civile, e trova pieno riscontro nel Fr. 7. Dig. de cond. indeb. XII. 6., dove si legge « *Quod indebitum per errorem solvitur, aut ipsum aut tantundem repetitur* ». Tale azione, come quella che tende a riparare un danno evidente in colui che ha pagato, si prescrive con trent' anni dal dì dell' eseguito pagamento; nessuno potrebbe farne oggetto di dubbio.

Ma non si delinea colla medesima semplicità, nè è ugualmente unico il rapporto giuridico sorgente nel secondo caso; imperocchè essendo indiscutibile l' esistenza del credito a pro di colui che riceve, e versando solamente il dubbio nella persona del vero debitore, è mestieri esaminare se colui che paga senza che sia il vero debitore, possa pregiudicare col fatto suo i dritti e le azioni del creditore. In siffatta ipotesi se la somma pagata costituisce indebito relativamente a colui che paga, non è tale riguardo a colui che riceve, il quale non riceve che il suo, *suum recipit,* ciò che gli è legittimamente dovuto. « *Nihil dolo creditor facit qui suum recipit* ». Fr. 129. de reg. jur. L. 17. Egli non si è arricchito a spese altrui, e non è perciò tenuto a restituire ciò che, pel fatto imprudente di colui che ha pagato, non è più in grado di riacquistare dal vero debitore. — L' azione d' indebito si modifica in tal caso; in quantochè la sua efficacia

giuridica non dipenderà più dal non esser trascorsi i trent' anni per dirsi prescritta l' azione, ma da ciò che il creditore possegga ancora quelle condizioni giuridiche che rendono esigibile il suo credito di fronte al vero debitore.

Questo principio non pure è consacrato dal sopracitato articolo 1146 del Codice civile italiano, ma trova pieno riscontro eziandio nell' art. 1377 del Codice francese così formolato: « Quando uno, che, per errore si credeva debitore, ha pagato un debito, ha il dritto della ripetizione contro il creditore. Nondimeno cessa tal dritto, quando il creditore, in conseguenza del pagamento, si è privato del suo titolo; nel qual caso è salvo il regresso a colui che ha pagato, contro il vero debitore »; e, per gli amatori del Dritto romano, citiamo l' autorità solenne di Paolo: « *Repetitio nulla est ab eo qui suum recepit, tametsi ab alio quam vero debitore, solutum est* ». Fr. 44. Dig. de cond. indeb. XII. 6. (2).

È strano dunque il dire che nella specie il creditore sia tenuto a restituire tutte le annualità indebitamente esatte, semprecchè non possa per alcuna di esse eccepire la prescrizione trentennale; poichè si tratta che egli ha ricevuto ciò che gli era legittimamente dovuto, e se gli è stato pagato da chi non era debitore, non può per fatto di costui perdere quel che realmente gli si doveva.

Il confondere tra un debito che obbiettivamente non esiste in faccia a nessuno, e un debito che non esiste semplicemente riguardo a colui che paga, sol perchè in entrambi i casi la persona che ha pagato si vale della *condictio indebiti,* ha fatto

(2) Quanto al Dritto romano rimandiamo il lettore allo stupendo lavoro dell' Erxleben tradotto dal Viscardi § 9 specialmente da pag. 229 a 250.

cadere sommi giureconsulti nell'errore che combattiamo. — Possa la nostra umile parola aver posto nei veri termini la quistione; e, se non ci siamo ingannati, si convenga francamente che possono qualche volta i piccoli avere ragione contro i grandi. (1)

---

(1) È opportuno ricordare, che questa tesi fu svolta dall'autore nell'esame per l'iscrizione nell'Albo degli avvocati di Napoli e che la Commissione esaminatrice, presieduta dal Pisanelli, era di parere opposto al suo. *(Nota dell' Editore).*

VIII

Il curatore speciale nominato al minore da un terzo, a norma dell' art. 247 del Codice civile per amministrare la sostanza che gli trasmette, è tenuto a dare cauzione?

—

(Estratto dal Foro Catanese Anno 11, 1882, fascicolo 3)

Siffatta questione non è discussa dagli scrittori, nè, per quanto io ne sappia, si è potuto pronunziare sopra di essa la giurisprudenza.

La legge tace; e il suo silenzio potrebbe interpretarsi, a prima giunta, come la prova più efficace che il curatore speciale non sia tenuto ad obbligo di cauzione, non potendo applicarsi l' argomento di analogia quando trattasi di disposizioni restrittive dell' umana libertà.

Ma il certo è, che il legislatore tace appunto perchè non era d' uopo che dettasse regole e disposizioni apposite per un caso speciale, il quale — anzichè avere in sè le cause di un' esistenza isolata ed autonoma, tale, cioè da dover soggiacere a norme diverse dalle comuni — non è, invece che una semplice espressione, una forma secondaria, e quasi un' *appendice* e una *sottospecie* di un complesso organico di elementi e di precetti, che formano, congiunti insieme, un intero istituto scientifico.

L' art. 247, col quale si accorda a chi istituisce erede un minore la facoltà di potergli nominare un curatore speciale per l' amministrazione sola delle sostanze che gli trasmette, si trova nella sezione I del capo II, titolo IX, Libro I del Codice Civile intitolata *de' tutori.*

E, in questa sezione, il legislatore tratta unicamente de' casi

in cui apre la tutela, delle persone che hanno diritto di nominare un tutore, e di quelle altresì che sono chiamate direttamente dalla legge, ed a preferenza di ogni altra persona, ad assumere l'ufficio della tutela. Ora, tra i casi in cui può essere nominato un tutore, la legge, nell'art. 247, contempla tassativamente quello in cui può nominarsi al minore un *tutore speciale (curatore)*, malgrado egli sia sotto la patria potestà per la sola amministrazione delle sostanze, che gli sono trasmesse in eredità; e dà questo dritto di nomina al terzo che costituisce proprio erede il minore.

Dunque, l'art. 247, come tutti gli altri della sezione, non fa altro che contemplare semplicemente il caso della nomina del *tutore* o *curatore speciale;* il nome non importa, poichè questo, che l'art. 247 del Codice italiano chiama *curatore speciale*, veniva dal corrispondente articolo 249 del Codice Albertino, da cui il medesimo fu tratto, denominato *tutore speciale*. L'istessa qualifica gli veniva data dall'art. 165 del codice parmense e dall'art. 202 dell'estense.

Le regole, poi, che concernono gli obblighi cui tutti i tutori quali essi si sieno e da chiunque essi siano nominati, debbono adempiere prima di entrare nell'esercizio della tutela, durante l'esercizio della tutela, ed al termine dell'esercizio della tutela, sono dettate dal legislatore nelle sezioni seguenti. Il caso dell'art. 247, se può dirsi speciale nel senso che dà facoltà al terzo di nominare al minore da lui lasciato erede de' propri beni un *tutore* o *curatore ad hoc* per l'amministrazione separata de' medesimi, malgrado siffatto minore si trovi sotto la patria potestà o sotto tutela, rientra, però, quanto al resto, sotto l'impero delle regole comuni a tutti i tutori, qualunque siasi la loro origine. Ora tra gli obblighi essenziali del tutore, prima che assuma lo esercizio della sua tutela, è quello di dare cauzione, laddove non si trovi dispensato espressamente dal Consiglio di famiglia o dal testatore:

la disposizione dell' art. 292 è troppo esplicita ed assoluta nell' inculcare siffatto obbligo, perchè debba applicarsi a tutti i casi in cui l' amministrazione de' beni del minore si trovi affidata ad una data persona. L'obbligo della cauzione, adunque, come deve adempiersi dal tutore che ha l' amministrazione generale delle sostanze del minore, non è dubbio che debba parimenti, e con maggior ragione, adempiersi dal tutore o curatore speciale deputato semplicemente all'amministrazione particolare de' beni di cui il minore è stato lasciato erede da un terzo. Questa conseguenza mi sembra inevitabile perchè rampolla direttamente ed irrefragabilmente non meno dalla parola, che dallo spirito della legge.

Tutore speciale quello nominato per testamento da un terzo che lascia erede delle proprie sostanze il minore, è mestieri che adempia a tutti gli obblighi che la legge impone a qualsiasi tutore, perchè possa assumere l' amministrazione particolare de' beni affidati alle sue cure. Uno degli obblighi essenziali di qualunque tutore è quello della cauzione; dunque anche a questo, del pari che ogni altro tutore universale, bisogna che adempia pure il tutore o curatore speciale. La legge non dice parola per esonerare costui dall' obbligo della cauzione; nè dovea dirla, perché se vi ha caso in cui tale obbligo è mestieri venga adempiuto interamente dal tutore, questo in esame è quello che per tante e tante ragioni, ne esige precipuamente la stretta osservanza.

Il legislatore ha fatto di troppo, per motivi certo non degni di censura, fors' anco meritevoli di plauso dando facoltà ad un terzo estraneo di poter costituire un *tutore* o *curatore speciale* per l' amministrazione de' beni da lui lasciati, se non sempre con dispregio, certo con poca stima e poco rispetto de' sacri diritti della patria potestà. E di ciò si sono preoccupati tanto gli scrittori francesi nel silenzio del codice napoleonico, da distinguere taluni — più indulgenti — tra il caso in cui la nomina del tutore o

curatore speciale fosse fatta, nell' intento di recare ingiuria alla patria potestà, e l' altra in cui siffatta nomina fosse ispirata dal solo interesse del minore, dichiarando nulla nel primo caso la clausola, e valida soltanto nel secondo caso, facendone così una quistione di *fatto* e d' *intenzionalità.* (Duranton, vol. III, n, 375, nota 8; — Proudhon, De l' usufruit, I, 240 a 249; — Valette sur Proudhon, II, pag. 283, nota a; — Vazeille, Du Mariage, II, 458; — Duvergier sur Toullier, II, 1068, nota a; — Chardon, Puissance paternelle, n. 135; — Demolombe, VI, 458; — Aubry e Rau, Cours de Droit civil d' apres la mèthode de Zachariae vol. I, § 123, pag. 502 testo e nota 15.)

Ma altri scrittori, certo non meno riputati e più rigidi de' primi, ritenendole di ordine pubblico e tutte dettate dal vero interesse del figlio le facoltà attribuite al padre dalla legge circa le cure della persona e l' amministrazione de' beni del primo, dichiarano nulla di pieno dritto la nomina fatta dal terzo di un *curatore* o *tutore speciale* al minore da lui lasciato erede (Merlin, Rep., vedi puissance paternelle, sect. V: — Toullier et Duvergier, vol, II, n. 1068; — Marcadè art. 384 § VI; — Laurent, IV. n. 297-300.)

Negare al padre la facoltà di amministrare i beni del proprio figlio, a lui che, nella sincerità e inesauribilità dell' affetto paterno, offre la maggiore e più valida guarentigia, poichè viene direttamente dalla natura, di una retta ed amorevole amministrazione, è già, per sè, un fatto di grande rilievo e che ferisce non poco la patria autorità, perchè debba esser contenuto dal legislatore entro i limiti possibilmente più stretti nel fine di non esautorarlo del tutto.

Era, dunque, naturale, in omaggio a' precetti di moralità e di giustizia, che il legislatore, come ammenda dovuta alla patria autorità offesa, avesse imposta al *curatore* o *tutore speciale* l' ob-

bligo della cauzione. Questa sola differenza di trattamento almeno tra il padre che amministrando i beni del figlio non è tenuto a dar cauzione, e il *tutore* o *curatore speciale* nominato dal terzo, ch' è tenuto ad adempiere tale obbligo, può recare un certo lenimento ed una mediocre soddisfazione all' offesa ricevuta vedendo preferirsi un estraneo nell' amministrazione de' beni del proprio figlio.

Ed ancora. Sarebbe, per verità, cosa impossibile a concepirsi questa, che il tutore nominato al proprio figlio minore dal padre dovrebbe adempiere all' obbligo della cauzione; e intanto il *tutore speciale,* nominato da un terzo, con dispregio certo dell' affetto e dell' autorità paterna, non dovrebbe adempiere al medesimo obbligo. Se dovesse esservi una ragione per escludere taluno di queste due specie di tutori da cotale obbligo, certo siffatto dritto dovrebbe appartenere al tutore nominato dal genitore, poichè nessuno più e meglio di lui può avere interesse e capacità per affidare la cura della persona e dei beni del proprio figlio a chi possegga maggiori requisiti di onestà, di attitudine, e di benevolenza, per fare le sue veci, quando egli avrá cessato di vivere.

Nè si dica, per negare l' evidenza di siffatte argomentazioni, che la ragione di escludere il *tutore* o *curatore speciale* dall' obbligo della cauzione derivi da ciò che a lui sia affidata soltanto l' amministrazione dei beni del minore e non altresì la cura della persona, la quale resta commessa alla potestà paterna; perchè la cauzione prestata unicamente per causa della persona è inconcepibile, non potendo la mancanza di essa costituire giammai obbietto di danno materiale; sia perchè il rispetto dell' umana personalità trova la sua guarentigia sulle leggi penali; sia perchè la negligenza nell' educazione impartita al minore, se può formare argomento di biasimo ed anche, in casi estremi, essere motivo di destituzione del tutore, assai difficilmente se non mai addirittura, potrebbe esporlo al pagamento dei danni ed interessi per siffatta mancanza.

Dunque la vera ed unica ragione, per cui si è tenuti a prestare cauzione, è quella soltanto della amministrazione de' beni del minore — *rem pupillarem salvam fore* — come energicamente diceva il dritto romano; e questa ragione concorre del pari tanto nel caso del *tutore generale,* quanto, e forse più, in quello del *tutore* o *curatore speciale.*

Se il terzo che lascia erede dei propri beni il minore dispensa espressamente il *tutore speciale* da lui nominato al medesimo dall'obbligo della cauzione, certo la sua volontà dovrà essere rispettata non meno di quella del genitore che intende dispensare dallo stesso obbligo il tutore da lui nominato. Ma quando la dispensa espressa da siffatto obbligo non ha avuto luogo, come il tutore, nominato dal genitore al proprio figlio minore, così anche il *tutore* o *curatore* nominato dal terzo è tenuto impreteribilmente a prestare la cauzione prima di entrare nell'esercizio della propria gestione.

Un ultimo argomento e perentorio in sostegno della tési posso dedurlo dal Dritto Romano.

Ei si sa che, per Dritto Romano, i tutori testamentari non erano tenuti da obblighi di cauzione: *Tutores testamento dati satisdare non coguntur, quia fides et diligentia eorum ab ipso testatore adprobata est* (Insti. lib. I, tit. 24, de satisdat. tut. et curat....). Egualmente, il tutore speciale, che, per la novella 117 di Giustiniano, il terzo fu autorizzato a nominare al minore erede, veniva escluso dall'obbligo della cauzione. I tutori dativi però, quelli cioè che non venivano nominati *ex inquisitione* da' magistrati maggiori, erano tenuti a prestare la cauzione. Per pari ragione se colui che nominava erede il minore non gli aveva nominato un *tutore* o *curatore speciale,* ovvero se questi non avesse voluto o potuto accettare, o fosse morto prima di assumere l'esercizio dell'amministrazione, in tal caso il *curatore speciale*

veniva nominato dal magistrato, ma era tenuto a *prestare cauzione*, come vi era tenuto altresì qualunque altro tutore dativo nominato da' magistrati inferiori. È la celebre novella 117 che consacra formalmente questo principio: *Si vero forsan is qui relinquit, aut donat nullum his minoribus dispensatorem ordinaverit, aut ab eo datus hujusmodi gubernationem subire noluerit, aut non potuerit, aut moriatur antequam illi perfectae fiant aetatis, tunc jubemus judicem competentem curatorem fide dignum cum* LEGITTIMA FIDEJUSSIONE *rebus talibus ordinare qui debeat relictam talibus personis substantiam gubernare atque custodire, donec illi ad perfectam aetatem perveniant.*

La dottrina del Dritto Romano, adunque, porge la più valida ed efficace conferma alle mie argomentazioni; poichè da essa si ricava in modo evidentissimo, che i *tutori* o *curatori speciali,* ricevevano, quanto alla cauzione, l' istesso trattamento de' tutori universali del minore. Di fatti come veniva dispensato dall' obbligo della cauzione il *tutore universale* nominato per testamento del padre o dell' avo, così veniva dispensato egualmente il *tutore speciale* nominato per testamento del terzo; e similmente come i *tutori universali* dati dai magistrati inferiori erano tenuti all' obbligo della cauzione del pari dovevano adempierlo i tutori speciali nominati dai medesimi. E quindi se per il Codice Civile italiano sono mutati, nei loro caratteri secondari, i principii direttivi della tutela, rimane però sempre salda ed inconcussa la regola fondamentale, che debba accordarsi l' identico trattamento così a' *tutori universali* come a' *tutori* o *curatori speciali.* E siccome i primi, comunque nominati per testamento del genitore, sono tenuti, per disposizione dell' articolo 292, all' obbligo della cauzione, debbono egualmente, per parità di ragione e per applicazione del medesimo articolo, adempirlo i *tutori* o *curatori speciali* nominati dal terzo a norma dell' art. 247. E nella stessa misura che comune ad en-

trambi è l' obbligo generico della cauzione, del pari comune a' medesimi, per le ragioni sopra esposte, debbe essere la facoltà di fornirla, purchè sufficiente, nel modo che vogliono (art. 292), salvo in ogni caso a far iscrivere sui loro beni l' ipoteca legale a favore del minore (art. 292, capover. 2; e art. 1969, n. 2).

Questi principii che ho avuto il bene di esporre mi sembrano troppo inconcussi perchè debbano trovare legittima accoglienza nel campo della dottrina e della giurisprudenza.

IX

I Contratti innominati nel Diritto romano e nella legislazione italiana

---

(Estratto dal Foro Catanese, Anno V, 1885, fascicolo 1.)

La distinzione fra contratti nominati ed innominati trova la sua origine storica nel diritto romano, ma non vi trova eziandio la sua spiegazione giuridica; tanto il significato di essa è immensamente cambiato nelle legislazioni moderne. Ad ogni modo è sempre bene richiamare brevemente i principii della dottrina romana, per vedere quale fosse il significato originario della distinzione in parola, e come ad esso, col trasformarsi dello spirito giuridico, un altro ne sia succeduto universalmente oggi accettato tanto nel campo legislativo, quanto nel campo della dottrina e della giurisprudenza.

I.

È noto come pel diritto romano primitivo il semplice consenso delle parti *(pactum)* non bastasse a mettere in essere un'obbligazione civilmente efficace: *Nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem* (1). Occorreva invece che la manifestazione del consenso fosse accompagnata da talune circostanze, ordinariamente comprese sotto la denominazione generica: *causa*

(1) Fr. 7, § 4 Dig. *de pactis,* II, 14.

civilis; perchè si desse luogo a rapporti giuridici muniti di azione civile valida. La forma più antica di contrattare civilmente fu il *nexum,* e quindi la *stipulatio,* obbligazione verbale di cui la *causa civilis* consisteva nella domanda solenne, *rogatio, interrogatio* fatta dal creditore, *stipulator,* cui seguiva la risposta immediata, *responsio, sponsio, promissio* del debitore, *promissor,* che assumeva l' obbligo, con siffatta dichiarazione, di prestare al creditore una cosa determinata, *res certa, species,* ed, in seguito, anche un *incertum.*

Una seconda forma di contrattare validamente venne, col tempo, riconosciuta nella scrittura — *literalis obligatio;* per guisa che il fatto di trovarsi scritto nei propri registri domestici — *codex* o *tabulae eccepti et expensi* — che già erasi ricevuta e pesata una data quantità di denaro, costituiva non soltanto un mezzo di prova, ma una causa civile di obbligarsi altresì, e quindi un contratto civilmente valido. Col progredire della ragione giuridica, per la influenza benefica del *jus gentium,* ai contratti *verbali* e *letterali,* ch' erano i tipi originarii dello *strictum jus quiritarium,* si aggiunsero altre due categorie di contratti: i contratti *consensuali* ed i contratti *reali.*

Contratti reali erano quelli, come lo sono adesso, che per dar vita ad un' obbligazione, oltre il consenso delle parti, richiedevano la consegna materiale della cosa — *re contrahitur obligatio.* La causa civile di obbligarsi per siffatta categoria di contratti stava nel principio naturale di equità, che chiunque riceve una cosa coll' obbligo di restituirla è tenuto ad adempiere l' obbligazione assunta, perchè diversamente verrebbe ad arricchirsi col danno altrui. Questa causa civile di obbligarsi fu però ammessa dal diritto romano in quattro specie soltanto di negozï giuridici: il *mutuo,* il *deposito,* il *pegno,* il *comodato;* che costituirono appunto le quattro figure giuridiche riconosciute di contratti reali.

Finalmente col nome di contratti consensuali, che sono gli ultimi venuti per ragion di tempo, si denotarono quelli mediante i quali si poneva in essere una obbligazione munita di efficacia civile, per virtù del semplice consenso — *consensu contrahitur obligatio.* Furono anche quattro i contratti consensuali riconosciuti nell'epoca classica del diritto romano: la *compra* e *vendita,* la *locazione e conduzione,* la *società,* il *mandato;* essendo queste le figure comuni di contratti frequentemente in uso pei bisogni quotidiani della vita, e guardati perciò con occhio speciale di lavoro. In essi la causa civile di obbligarsi si fece consistere nel semplice consenso: *Consensu fiunt obligationes in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, societatibus, mandatis. Ideo autem istis modis obligatio dicitur consensu contrahi; quia neque scriptura, neque praesentia omni modo opus est; at nec dare quicquam necesse est ut substantiam capiat obligatio, sed sufficit eos qui negotium gerunt consentire* (2).

Ora per diritto romano soltanto quei contratti che, avendo un *nome* ed una *causa civile* riconosciuta, entravano come tali in una delle quattro categorie dianzi accennate, solevano produrre una obbligazione ed un' azione. Ogni altra forma di convenzione che nulla di comune aveva colle quattro categorie di contratti *verbali, letterali, consensuali* o *reali,* non produceva, per mancanza di *causa civile* valida, nè obbligazione nè azione. Solo in progresso di tempo fu consentito che, dando luogo ad una obbligazione puramente naturale, si facesse valere per via di eccezione. Però allo spirito eminentemente pratico ed elevato dei giureconsulti romani ripugnava in sommo grado, che potesse impunemente sottrarsi all' adempimento dell' obbligazione assunta colui

(2) Pr. e § I. *Instit., de obligation. ex consensu,* III, 23.

che aveva ricevuta una cosa col proposito manifesto di doverla restituire in natura, o di doverne consegnare un'altra in cambio di quella ricevuta. Questo principio elementare di equità avea trovato la sua consacrazione nei quattro contratti reali di *mutuo, comodato, pegno* e *deposito.* Si pensò quindi di applicarlo, *rebus ipsis dictantibus,* ad altre specie analoghe di contratti, meno semplici e meno frequenti, ma non perciò meno degne, per loro natura, di essere protette; accordando al creditore un' azione civilmente valida per ottenere, se non l' adempimento dell' obbligazione specificamente assunta dal debitore, che gli fosse almeno restituita la cosa da questo ricevuta nello scopo di assumere quella data obbligazione. Di quì l' origine della *condictio causa data causa non secuta* (3).

Laddove però il debitore, nel negarsi all' adempimento dell' obbligazione assunta, agiva con frode, veniva concesso al creditore il diritto di esercitare l' *actio de dolo,* all' oggetto di ottenere anche il risarcimento dei danni patiti. Gli fu accordata persino un' *actio in factum,* nel caso in cui, mancando le condizioni necessarie per istituire l' *actio de dolo,* si mostrava tuttavia palese l' equità dell' azione (4).

Dopo essersi conferita al creditore un' azione per ripetere quel che avea dato, od ottenere il ristoro dei danni nel caso d' inadempita obbligazione, non restava che conferirgli altresì l' azione per ottenere specificamente l' adempimento stesso della obbligazione assunta. Tale riforma, reclamata imperiosamente dal principio d' equità, cominciò a realizzarsi man mano per opera del giureconsulto Labeone; ma dovette serbare la sua definitiva consacrazione all' opera di Aristone Celso, giureconsulto dell' e-

(3) Fr. 3, Dig. *de condict. causa data causa non secuta,* XII, 4.
(4) Fr. 5, § 2 e 3 Dig. *de praescr. verbis et in factum action.,* XIX, 5; *fr.* 15 e 16 *cod.* tit.

poca di Traiano. Fu questi che innalzò alla dignità di regola generale il principio, ch' esiste *causa civile* di obbligazione ogni qualvolta una delle parti riceve una cosa coll' intento di darne un' altra in corrispettivo: *Juris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones. Quae pariunt actiones in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus, ut emptio, venditio, locatio, conductio, societas, commodatum, depositum et caeteri similes contractus. Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa: eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem: ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc synallagma id est, contractum esse, et hinc nasci civilem obligationem. Et ideo puto recte Julianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus: Julianus scribit: in factum actionem a praetore dandam, ille ait, civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere; esse enim contractum quod Aristo synallagma dicit, unde haec nascitur actio* (5).

Il giureconsulto Aristone aveva riconosciuto la *causa civile* di obbligarsi solo nel caso, in cui si fosse data una cosa per averne un' altra in cambio. Ma col decorso del tempo la *causa civile* di obbligarsi venne riconosciuta comunemente dai giureconsulti posteriori in tutti i casi, nei quali si fosse fatta una prestazione di qualsiasi natura con lo scopo di ottenerne un' altra per equivalente. Ond' è che il giureconsulto Paolo, volendo classificare tutte le possibili combinazioni da cui siffatti obblighi traevano origine, le ridusse a quattro distinte categorie: *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias* (6). In tutti

(5) Ulpiano, fr. 7. *Dig. de pactis.* II, 14.
(6) Fr. 5. Dig. *De praescript. verb. et in factum action.*, XIX, 5,

questi casi alla parte che avea fatto la prestazione si accordava il diritto di esercitare un' azione civile per costringere l' altra, in favore di cui la prestazione avea avuto luogo, ad eseguire l' obbligazione assunta. Tale azione prendeva il nome speciale di *actio civilis in factum* detta *praescriptis verbis,* perchè, invece di portare indicata nella *demonstratio* la causa dell' obbligazione, conteneva soltanto l' esposizione del fatto. Sorge così nel diritto nuovo, di fronte ai quattro contratti reali generalmente conosciuti col nome proprio di *mutuo, pegno, deposito* e *comodato;* una categoria particolare di contratti reali detti *innominati.* Essi al pari di quelli si mostrano forniti di un' azione civile ugualmente valida; ma differiscono tuttavia in questo che, cioè, l' azione cui solevano dar luogo non aveva un nome speciale riconosciuto, *actionum nomina,* sibbene costituiva una semplice *actio in factum,* non potendo collegarsi a nessuna delle categorie tradizionali dei contratti.

È questa la figura giuridica dei contratti innominati nel diritto romano. E se notevole in principio si porge la differenza fra essi ed i contratti reali nominati, per la diversità notevole degli effetti cui davano luogo, si ridusse poscia la medesima, col volgere del tempo, a una semplice differenza di nome. Difatti, mentre gli uni erano muniti di un' azione civile che aveva un nome speciale, gli altri, per converso, erano muniti di azione civile parimenti efficace; ma, non avendo tale azione un nome proprio, costituiva una semplice *actio civilis in factum.* Se non che, malgrado cotesto pareggiamento sopravvenuto negli effetti derivanti dai contratti nominati e dei contratti innominati, questi ultimi conservarono una singolarità che forma la loro caratteristica e la loro nota differenziale. Essa consiste nella facoltà che il creditore si ebbe di chiedere, nel caso d' inadempimento dell' obbligazione da parte del debitore, la restituzione di ciò che

avea dato per concludere il contratto, mediante la *condictio causa data causa non secuta* (7) laddove non avesse preferito costringerlo all' esecuzione della medesima. Questa prerogativa, propria dei contratti innominati, soleva chiamarsi *jus poenitendi,* e corrisponde perfettamente alla condizione risolutiva tacita che, secondo le legislazioni moderne, và sempre sottintesa nei contratti bilaterali (8).

Perchè nascesse contratto innominato, era mestiere però il concorso di tre condizioni. Occorreva innanzi tutto che fosse stata fatta una prestazione da una persona ad un' altra. La semplice promessa, comunque accettata, di fare una data prestazione, coll'obbligo nella parte che l'avrebbe ricevuta di dare un' altra cosa in cambio, non dava luogo ad un rapporto civilmente valido: *Si res nondum tradita sit nudo consensu constitui obligationem dicemus: quod in his dumtaxat receptum est, quae nomen suum habent; ut in emptione, venditione, conductione, mandato* (9). Trattavasi già di un vero contratto reale, quantunque innominato; e questo non poteva naturalmente aver vita senza la tradizione della cosa.

Era necessario in secondo luogo, che la convenzione non entrasse nella categoria dei contratti nominati, aventi un nome ed un' azione loro propria: *Cum deficiant vulgaria atque usitata actionem nomina, praescriptis verbis agendum est* (10).

Occorreva finalmente che la convenzione avesse il carattere della bilateralità; per guisachè l' una delle parti contraenti faceva

(7) Fr. 5 § 1 Dig. *De praescript. verbis* etc. XIX, 5; fr. 5 § 2 e 3 Dig. *De condict. causa data causa non secuta.* XII. 4.

(8) Art. 1165 *codice civile italiano;* art. 1184 *cod. civ. francese.*

(9) Paolo, fr. 1 § 2 Dig. *De rer. permutat.,* XIX, 4.

(10) Celso, fr. 2. Dig. *De praescript. verbis,* XIX, 5; Confr. fr. 1 e 3 *eod. tit.;* fr. 7 § 2. Dig. *De pactis,* II, 14.

la prestazione in vista della controprestazione che assumeva l'obbligo di fare l'altra parte contraente (11).

Dato il concorso di queste tre condizioni, si poneva in essere il vincolo civilmente obbligatorio, che addimandavasi contratto reale innominato. L'efficacia di esso manifestavasi sotto doppia forma, salvo al creditore il diritto di valersi dell'una o dell'altra. Onde la facoltà in lui: o di costringere il debitore all'adempimento dell'obbligazione assunta, mediante *l'actio praescriptis verbis;* ovvero di chiedere la risoluzione dèl contratto, mediante la *condictio causa data, causa non secuta,* il cui effetto era quello di obbligare il debitore alla restituzione di ciò che avea ricevuto per la conclusione del contratto rimasto da parte sua inadempiuto.

II.

Secondo le legislazioni moderne il contratto innominato non è più un'appendice ed una sottospecie del contratto reale; nè conferisce soltanto esso al creditore la facoltà di chiedere la risoluzione del contratto, nel caso d'inadempita obbligazione da parte del debitore. Qualunque contratto invece, sia esso reale o no, può essere innominato; e la facoltà di chiederne la risoluzione, valendosi del *jus poenitendi,* compete sempre a ciascuna delle parti contraenti quando l'altra non soddisfaccia l'obbligazione assunta, per virtù della condizione risolutiva sottintesa nei contratti bilaterali di ogni specie; o che siano cioè di quelli che *re perficiuntur,* o che siano invece di quelli cui basta il semplice consenso delle parti per divenire perfetti.

La divisione tra contratti *nominati* e *innominati* nelle legi-

(11) *Fr. 5 pr.* e § 2. Dig. *De praescript. verbis,* XIX, 5; *fr.* 3 § 1 Dig. *De obligat. et action.*, XLIV, 7.

slazioni moderne, ha un significato ben più alto e razionale di quello che aveva nel Diritto Romano, conforme del tutto alle mutate condizioni dei tempi.

Risultato ed espressione del bisogno supremo di provvedere alle incessanti necessità della vita, le umane contrattazioni si presentano esse indefinitamente varie nella forma, negli effetti, e nello scopo immediato cui sono rivolte. Il legislatore, per la natura stessa delle cose, non potrebbe nè regolare, nè semplicemente noverarle tutte senza tentare l'impossibile, essendo indefiniti ed indefinibili gli espedienti e le risorse che l'umana intelligenza, stimolata ed acuita dalla valida molla del bisogno, va giornalmente, con inesaurabile fecondità, escogitando per trovare i mezzi necessari di sussistenza e di sviluppo.

Non gli rimane quindi altro compito che quello unicamente di porgere le regole precise intorno alle sole contrattazioni che, per la loro importanza e la loro frequenza, costituiscono già parte delle abitudini e dei bisogni della vita giuridica comune. Nel resto poi dee lasciare piena libertà alle parti contraenti di porre in essere tutte quelle forme nuove di contratti, che i bisogni e le mutate condizioni dei tempi, *rebus ipsis dictantibus*, rendano via via necessarï; purchè da un canto in essi nulla vi sia d'immorale o di contrario all'ordine pubblico ed ai buoni costumi, e purchè dall'altro le parti contraenti si uniformino completamente ai principii generali di diritto, ed alle regole speciali riflettenti le figure comuni di contratti, con cui quelli di nuova formazione presentano caratteri manifesti di affinità. Sorge così spontanea la divisione fra i contratti che, per la loro frequenza ed importanza, hanno nome proprio e regole particolari, corrispondenti alla loro natura rispettiva, dettate appositamente dal legislatore per governarli; e quelle altre figure di contratti le quali, o perchè infrequenti o perchè incipienti, non avendo an-

cora raggiunto condizioni adatte di vita e di sviluppo, mancano di un nome proprio riconosciuto, e di regole loro proprie dettate espressamente dal legislatore.

Questa seconda categoria di contratti che mancano di nome e di regole speciali proprie non potrebbero, giusta il concetto rigidamente formalistico del diritto romano primitivo, ritenersi destituiti di effetti giuridici, senza offendere i supremi postulati di equità e di giustizia che costituiscono i cardini fondamentali delle moderne legislazioni. Ma d' altro canto da quali norme sarebbero essi governati nel silenzio della legge? Ecco l' obbietto dell' art. 1103, in tutto corrispondente all' art. 1107 del Codice francese (12).

Il concetto del legislatore, abbastanza chiaro nella sua semplicità, è precisamente questo. I contratti *nominati,* quelli cioè che hanno nome e regole proprie nella legislazione, sono governati anzitutto dalle norme loro particolari consacrate nei rispettivi titoli del codice; in secondo luogo poi, quando facciano difetto regole speciali che li riguardano, vanno governati dalle norme generali, comuni ad ogni maniera qualsiasi di contrattazione.

Viceversa i contratti *innominati,* riguardo ai quali non si trova una denominazione tassativa ed un complesso di regole proprie nel codice, sono governati primieramente dalla volontà concordata delle parti contraenti, purchè questa non sia contraria alla morale, all' ordine pubblico o ad una tassativa disposizione di legge; (13) in secondo luogo, nel silenzio delle parti, sono go-

(12) « I contratti, abbiano o non abbiano una particolare denominazione propria, sono sottoposti a regole generali, le quali formano l' oggetto di questo titolo. — Le regole particolari a certi contratti civili sono stabilite nei titoli relativi a ciascuno di essi, e quelle proprie delle contrattazioni commerciali nel Codice di Commercio. » Art. 1103, Cod. Civ. Italiano.

(13) *Cassazione di Torino* 6 Dicembre 1867. — *Annali di Giurisprudenza, vol. II.* parte I. pagina 283.

vernati dalle norme generali comuni a tutte le specie di contratti; finalmente poi vanno soggetti alle norme proprie dei contratti *nominati*, con cui quelli che si pongono in essere mostrano di avere caratteri palesi di analogia (14).

Siffatto insegnamento adottò la Corte di appello di Messina in una recente decisione; giudicando che nei contratti, i quali non hanno una particolare denominazione, si deve sempre esaminare quali maggiori analogie abbiano essi con qualche contratto nominato, nel fine di applicare ai medesimi, oltre le regole generali, anche quelle del contratto speciale riguardo a cui presentano caratteri di affinità (15). La giusta dottrina seguita dalla Corte di appello di Messina trovò più recentemente la sua conferma ed il suo integramento in un pronunziato della Cassazione subalpina, la quale decise, che, laddove le parti contraenti non abbiano in alcun modo qualificato la convenzione, debba il magistrato desumere il carattere giuridico di essa dalla intenzione apparente delle parti, dai principii riguandanti i contratti in genere, nonchè, occorrendo, dalle regole particolari di quei contratti coi quali abbia maggiore analogia quello in contestazione (16).

Quella convenzione però che, avuto riguardo al suo obbietto ed alla sua natura, costituisce un contratto nominato, governato espressamente dalla legge, dev' essere apprezzata secondo le regole che le sono proprie, comunque le parti non abbiano adoperato denominazione di sorta, o ne abbiano adoperato una diversa da quella che giuridicamente le appartiene (17).

---

(14) DURANTON. X, 92; DELVINCOURT, II. pag. 457; LAURENT, XV, n. 444; AUBRY e RAU IV, § 341, pag. 287.

(15) *Corte di appello di Messina* 3 Marzo 1880 — *Finanze* c. *Spampinato.*

(16) *Cassazione di Torino* 24 Marzo 1881 — *Sormani* c. *Luzzato* — *Monitore dei Tribunali di Milano,* an. 1881, pag. 568.

(17) AUBRY e RAU, IV, § 341, pag. 287, nota 7. Confr. *Cassazione francese* 7 Luglio 1812, Sirey XIII, 1, 80.

Esempi di contratti innominati sogliono più facilmente occorrere nel campo del diritto commerciale, dove lo spirito inesauribile di speculazione che ne è l'anima informatrice, dibattendosi gagliardamente fra timori e speranze continue, spinge sempre a nuove e più comode forme di contrattazioni — Basta mettere a raffronto il codice di commercio entrato recentemente in vigore con quello abrogato del 1865, perchè balzi subito agli occhi come molti negozi giuridici che, non avendo nome, figura e regole proprie nel codice di commercio del 1865, erano governati unicamente dalle convenzioni delle parti e dalla pratica commerciale, trovinsi oggi ad occupare un posto d'onore nel nuovo codice di commercio, ed abbiano nome, figura e regole loro particolari. Tali sarebbero fra gli altri le società cooperative (18), il contratto di riporto (19), l'assegno bancario (20) il conto corrente (21), le assicurazioni sulla vita (22), il deposito di merci e derrate nei magazzini generali (23).

Tuttavolta, sebbene meno frequenti, neanche nel campo dei rapporti civili, specialmente laddove obbietto dei medesimi sia la prestazione di servigi personali che, sotto l'azione rinnovatrice della civiltà, sogliono assumere novelle forme di manifestazioni, mancano esempi di contratti innominati. La Cassazione di Torino qualificò contratto bilaterale innominato, *do ut facias,* quello per cui un architetto si era obbligato, mediante un corrispettivo di somma fissa a titolo di premio, ad assistere e collaudare nella sua qualità una costruzione impresa e condotta da altri; non potendo qualificarlo nè un mandato, nè un appalto, e nemmeno

(18) Art. 219 e segg. *Codice di Commercio.*
(19) Art. 73 e segg. *id.*
(20) Art. 339 e segg. *id.*
(21) Art. 345 e segg. *id.*
(22) Art. 449 e segg. *id.*
(23) Art. 461 e segg. *id.*

una locazione di opera, avuto riguardo alla natura del servizio prestato (24). La Cassazione di Palermo poi ritenne, che debba qualicarsi contratto innominato quello per cui un notaio assume l' obbligo di fare, durante il corso di sua vita, tutti gli atti del proprio ministero che possono occorrere in servizio di un dato corpo morale, mediante un assegno periodico determinato, senza che abbia diritto di ricevere una retribuzione per ogni singolo atto (25).

I contratti innominati, è vero, non hanno più nella legislazione italiana l' importanza ed il significato che aveano nella legislazione romana; ma è sempre bene tuttavia conoscere precisamente il significato ed il valore che i medesimi hanno assunto, e di tener presente le regole da cui vanno governati, per farne retta applicazione nei casi che, sotto l' influenza dei rapporti economici e sociali odierni — cause determinatrici di una nuova fase del diritto civile — sogliono essere nè infrequenti, nè irrilevanti (26).

---

(24) *Corte di Cassazione di Torino* 21 Dicembre 1870. — *Pitto Savignoni* — *Giurisprudenza torinese,* vol. VIII, pag. 83.

(25) *Corte di Cassazione di Palermo,* 19 Febbraio 1870 — *Finanza* c. *Spampinato* — *Legge* X, I, pag. 362.

(26) V. CIMBALI, *La nuova fase del Diritto Civile nei rapporti economici e sociali* — Torino, 1885 — p. 26 e segg.

X

La quistione del divorzio in Italia

I

La Francia, e non è poco per noi che sogliamo assai spesso mostrarci così facili imitatori dei suoi esempi, ha con legge recente (27 luglio 1884), famosa per le grandi vicende parlamentari subìte, ristabilito il *divorzio;* istituto che il codice napoleonico del 1803, uscito dalla rivoluzione, avea consacrato nelle sue disposizioni; ma che la legge posteriore dell' 8 maggio 1816 venne indi a sopprimere in omaggio ai principii della reazione trionfante. Col ristabilimento del divorzio in Francia come mezzo efficace apprestato dalla legge per disciogliere in casi estremi l' unione matrimoniale, restano soltanto l' Italia, il Portogallo e la Spagna che, ossequenti alle dottrina della Chiesa cattolica, non ammettono, in qualunque caso, finoggi, lo scioglimento del matrimonio per effetto del divorzio.

Ma l' Italia pur essa, sensibile alle supreme necessità dei tempi moderni ed agli esempi cospicui di tutto un mondo civile, mostra di già con segni non dubbi di autorevole perseveranza, che intende compiere una riforma così profonda nella sua legislazione matrimoniale. Alle proposte solitarie del compianto Salvatore Morelli, apostolo infelice di cotale riforma, è seguìto un formale disegno di legge presentato dal ministro guardasigilli on. Villa il 1° Febbrajo 1881, che, salvo lievi variazioni, raccolse

il plauso della commissione parlamentare incaricata di esaminarlo, e che, autore Parenzo, presentò la sua relazione nella tornata del 23 gennaio 1882. Il progetto dell' on. Villa, rimasto indiscusso nella precedente legislatura, ripropose integralmente alla Camera nella legislatura successiva (tornata del 30 aprile 1883) l' on. Zanardelli succeduto al Villa nella direzione del ministero di grazia e giustizia. E anche questa volta si pronunziò favorevole al progetto ministeriale la maggioranza della seconda commissione parlamentare, affidando all' on. Giuriati, noto fautore del divorzio nel suo recente volume *Le leggi dell' amore,* l' incarico di scrivere la relazione. Siffatto incarico venne, con lodevole sollecitudine, adempito dal Giuriati, che presentò la relazione alla Presidenza della Camera nella tornata del 23 giugno 1884.

Abbiamo dunque una quistione del divorzio in Italia; quistione suprema perchè tocca da vicino l' ordinamento della famiglia, e che, risoluto in un senso o in un altro, può compromettere o no l' avvenire della vacillante moralità nazionale. Ma non abbiamo però nel paese un' agitazione pari all' importanza di essa, come per lo stesso argomento si era manifestata in Francia mediante la stampa periodica ed i pubblici comizii, gli scritti pensati dei filosofi e le opere geniali degli artisti, dalla tribuna del parlamento e dal palcoscenico del teatro.

Sia frutto di congenito scetticismo o d' invadente corruzione questa indifferenza dell' opinione pubblica in Italia, certo è che se il legislatore volesse trarre da essa la norma e la misura delle sue ispirazioni, si troverebbe molto imbarazzato intorno alla pratica efficacia della vagheggiata riforma. Dovrebbe provare anzi tal senso di sconforto nell' animo, da deporre subito il pensiero di proseguire nella via intrapresa; giacchè, se manifestazioni di qualche rilievo vi sono state dell' opinione pubblica italiana, queste hanno avuto luogo piuttosto per insorgere fieramente, come

di fronte alla minaccia di una grande sciagura, contro il disegno di legge sul divorzio presentato alla camera dal ministro guardasigilli.

Non sono mancati, è vero, scrittori valorosi come Di Bernardo, Mazzoleni, E. Bianchi, De Foresta, Giuriati e recentemente Apollo Sanguinetti, che abbiano propugnato la causa del divorzio in Italia; come non mancano eziandio autorevoli giornali periodici, fra cui non ultimo il *Diritto,* che abbiano fatto sentire la loro voce in favore del divorzio. Ma, bisogna confessarlo, il numero, dei sostenitori si porge alla prova ben più ristretto di quelli che avversano l'istituto del divorzio; nè tutti trattano l'importante quistione con quella serietà ed elevatezza di argomenti che, mentre rintuzzi le obbiezioni dei contrarii, valga d'altro canto a rassicurare la coscienza turbata di coloro che, o fedeli alla dottrina della Chiesa cattolica, o giustamente preoccupati dell'ordinata convivenza domestica, veggono nel divorzio un istituto offensivo per la religione dei loro avi, fatale per la stabilità e la moralità delle famiglie.

E di questi due argomeuti si valgono principalmente gli oppositori del divorzio, i quali non sono nè tiepidi nè pochi e taluni non privi di autorità. Venne aperto il fuoco con una enciclica veemente del Pontefice (10 febbraio 1880) contro la minacciata riforma della legislazione matrimoniale; e ad essa fece subito eco pressochè tutto l'episcopato italiano inviando formali proteste alla Camera dei deputati. Nè si arrestò qui l'agitazione sollevatasi contro l'introduzione del divorzio; giacchè, per iniziativa dei congressi cattolici e mediante l'opera efficace dei parroci, furono coperte da migliaja di firme ed inviate alla Camera dei deputati gran numero di petizioni nello scopo appunto di protestare contro il disegno di legge pendente dinanzi alla medesima.

La causa e il significato di tale agitazione non può sfuggire

agli occhi di alcuno: trattasi di un'agitazione che ha per movente lo spirito religioso, per fine il rispetto della dottrina professata dalla Chiesa cattolica circa l'indissolubilità del matrimonio. È un' agitazione questa, di cui bisogna tener conto, perchè manifesta già il sentimento di una parte ragguardevole di cittadini nazionali, ma non talmente però da trovare in essa la giusta misura della pubblica coscienza italiana, nè da distogliere il parlamento dalla proposta riforma della legislazione matrimoniale, laddove siffatta riforma, rispondendo da un canto ad un alto ideale di giustizia sociale, che é diritto ed obbligo dello Stato tradurre in atto, non nega dall' altro ai cottolici la libera facoltà di attenersi scrupolosamente agl' insegnamenti della Chiesa.

Però, oltre gli attacchi che si muovono contro il divorzio in nome della religione, altri e più gagliardi se ne fanno in nome della scienza, dell' ordinata convivenza domestica, e della scossa moralità nazionale. Perguisachè nel concetto di questa seconda categoria di oppositori del divorzio il sentimento cattolico dominante presso la maggioranza degl' italiani rappresenta una delle cause sociali che ostano alla introduzione di esso, e che, insieme alle altre, dovrebbero distogliere il legislatore dal compiere la promessa riforma. Hanno scritto specialmente in tal senso: Cenni, *Il Divorzio considerato come contro natura e antigiuridico,* Firenze 1881; Tempia, *La Riforma del matrimonio, studi di legislazione,* Firenze 1884; e, con maggiore opportunità di argomenti, ed ampiezza di vedute, Salandra, *Il Divorzio in Italia,* Roma 1882.

Tutto questo armeggiamento frattanto non pare abbia turbato per nulla, se deesi giudicare dalle apparenze, l' azione del governo e del parlamento in ordine alla proposta riforma; giacchè, da una parte colla consueta regolarità, è stata di recente presentata e distribuita alla Camera la relazione del Giuriati, mentre dall' altra

il disegno di legge relativo al divorzio trovasi già iscritto all' ordine del giorno dell' attuale sessione parlamentare. Ma, quasi a rianimare le sorti compromesse di coloro che l' oppugnano, è sceso in questi giorni sul terreno un avversario formidabile del divorzio, C. F. Gabba, ornamento e decoro dell' Università di Pisa ed una delle più splendide illustrazioni che vanti la scienza del diritto in Italia.

Non è la prima volta che il Prof. Gabba innalza la sua voce potente, per combattere questa insigne riforma della legislazione matrimoniale. Già sin dal 1880, prima ancora che il ministro Villa avesse presentato alla Camera il suo disegno di legge, pubblicò egli un articolo magistrale nell' *Annuario delle scienze giuridiche* (vol I, pag. 1 — 33) collo scopo appunto di dimostrare gli erronei argomenti, su cui, a suo modo di vedere, si fonda l' istituzione del divorzio, e i gravi pericoli ed i funesti effetti che ne deriverebbero laddove fosse accettata. La sua valida parola trovò eco meritata presso molti di coloro che, nello stesso senso, scrissero dopo di lui ed ebbe la forza di trascinare parecchi con lui; ma non per questo valse a mutare le sorti della battaglia combattuta. (1)

---

(1) Soltanto in omaggio alla storia della questione, notiamo, che il Gabba fu prima fautore caldissimo del divorzio. Son sue, infatti, queste parole: « Quando noi pensiamo, *che l' indissolubilità del matrimonio è da secoli condannata in metà della civile Europa;* che, in Francia, abolita dalla grande rivoluzione, venne restaurata dalla Camera introvabile; che, in Inghilterra, or son pochi anni, per rendere meno difficile lo scioglimento dei matrimonii, si costituiva un'apposita Corte, laddove prima non era competente che la Camera dei Lordi; *da tutti questi insegnamenti storici noi ci sentiamo tratti a credere, che l'istituzione del divorzio sarà, in un non lontano avvenire, in tutta la civile Europa, uno dei più solenni segnali di completa vittoria del diritto filosofico sul teocratico.* » *Studî di legislazione comparata,* Milano 1862, pag. 238.

Disgustato per la indifferenza serbata su tale argomento dall' opinione pubblica in Italia, e preoccupato seriamente per la costanza di propositi mostrata dai nostri uomini politici che, con animo inperturbato e tranquillo, sembrano disposti a condurre in porto la vagheggiata riforma, è tornato nuovamente all' assalto con un suo splendido volume *(Il divorzio nella legislazione italiana,* Pisa, 1885 pag. IX - 180) che, qualunque possa essere la soluzione adottata dal patrio legislatore, resterà sempre come monumento di sapienza giuridica, nella storia della quistione. Questo volume del Gabba contiene la più gagliarda e la più abile requisitoria che siasi mai fatta contro l' istituto del divorzio in Italia e contro i difensori di esso.

È un grido di allarme che l' illustre uomo ha voluto gittare con questo suo volume *per iscuotere il popolo dall' apatia, e sollevarlo contro la minaccia di un male gravissimo e di una vera rovina; in presenza di una riforma che sarebbe davvero l' ultimo colpo dato alla già vacillante moralità del popolo italiano.* Da queste parole, che son sue, poste le prime nella *Prefazione* e le ultime proprio alla *fine* del volume, si rileva subito lo scopo che l' autore si è prefisso scrivendo, e il modo con cui egli ha scritto. L' ufficio del filosofo si confonde con quello dell' apostolo; si ha la serenità del primo nell' esporre gli argomenti, ma nel tempo stesso prorompe la fede ardente del secondo, per cui al linguaggio calmo e serrato della ragione va spesso unito il linguaggio appassionato e focoso del sentimento.

Veramente alto è il principio in cui nome ridiscende il Gabba sul terreno a combattere; alto e giusto al tempo istesso l' aspetto sotto cui toglie a trattare la quistione; perchè possa venirsi ad una soluzione conveniente. La quistione del divorzio va posta e risoluta — sono perfettamente di accordo cun lui — non in astratto ma in

concreto; in relazione, cioè, ai prevedibili effetti pratici di essa nelle condizioni generali della società e nelle condizioni speciali di quella data società particolare cui s' intende applicare. Or quale sarebbe il significato, quali gli effetti nascenti dall'introduzione del divorzio in Italia avuto riguardo alle condizioni presenti della società moderna in generale, ed a quelle speciali della società italiana in particolare? L' è sù questo punto che io dissento profondamente dalle teorie del prof. Gabba comunque sia perfettamente di accordo con lui che debbasi mantenere alto il prestigio e la moralità delle famiglie, suggellare non dissolvere la stabilità del vincolo domestico, il quale ha bisogno di rimanere sottratto agli impulsi ciechi ed interessati dell' arbitrio individuale; sanzionare infine, non distogliere con facili tentazioni, l' osservanza rigorosa dei doveri conjugali. Ed è appunto in vista di siffatti motivi che io mi son dichiarato altrove (*La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali* etc, Torino 1885, pag. 77 e segg.) convinto fautore del divorzio, istituto secondo io credo — purchè concepito rettamente ed ordinato sapientemente — che, lungi dall' esser causa di danni e di pericoli futuri per la stabilità e la moralità delle famiglie, è destinato invece a far cessare in gran parte i danni ed i mali gravissimi presenti, onde la famiglia moderna trovasi afflitta; e, lungi dal corromperlo, sia destinato a purificare e ritemprare la santità del vincolo domestico infranto.

L' autorità del Gabba è meritamente rispettata, ed esercita un gran peso nella pubblica opinione, la quale non trova, finoggi, bisogna pur confessarlo, tra i sostenitori del divorzio, un campione così poderoso ed infaticabile come lui; perchè sia duopo combattere con ogni possa le di lui dottrine, dimostrando alla prova che, se nuovi e più studiati argomenti ha saputo egli addurre in favore della sua tesi, non perciò è riuscito a salvare la causa

ch' egli difende. Ma io qui non intendo scrivere a guisa di polemica, per confutare le singole argomentazioni del Gabba; scrivo invece per difendere l' istituto del divorzio dalle fiere accuse che gli si muovono dagli oppositori. L' opera recentissima del Gabba avrà potuto certamente fornirmi l' occasione; ma ben più alto è il segno al quale io miro: a giustificare, cioè, dinanzi ai principii di ragione ed all' esigenze imperiose delle presenti condizioni sociali, questo istituto così aspramente combattuto, e così vivamente inneggiato, causa quotidiana di passionate avversioni e di fantastiche decantazioni.

II

E comincio innanzi tutto dall' affermare un principio che forma parte integrante del diritto pubblico moderno, e che trovasi ormai radicato nella coscienza universale dei popoli civili di ogni razza e di ogni regione: principio che, salvo pochi fanatici sognatori di restaurazioni del passato, nessuno tra i più serii oppositori del divorzio osa menomamente impugnare. Il principio è questo, che nell' attuale ordinamento della società compete unicamente allo Stato, organo ed agente supremo dell' unità nazionale, l' ufficio eccelso di regolare le diverse manifestazioni dell' umana attività, per guisa da mantenere l' integrità, l' equilibrio e l' armonia nelle molteplici funzioni della vita sociale senza però comprimere nessuno degli organi minori onde questa si compone. Conseguenza ed espressione solenne di siffatto principio è il potere arrogatosi recentemente dallo Stato di regolare l'importante materia

del matrimonio. Potere questo fino a pochi anni or sono esercitato, per inevitabile subordinazione dell' elemento civile all' elemento religioso, dalla Chiesa, che, avuto riguardo alle condizioni speciali dei tempi, rappresentava un organo sociale ben più sviluppato e più ordinato di fronte a quello della potestà laica, incapace fin allora di assumere degnamente la suprema direzione della vita sociale, per mancanza di forza, posseduta già dai varii organi secondarii ad essa rivali, e per mancanza di coscienza che, mancando il substrato della forza, non era possibile destarsi nel seno di un organo incipiente ed importante al tempo istesso.

Dopo avere rivendicato, per effetto di successive vittorie, i poteri usurpatigli dagli organi inferiori della vita sociale, allo Stato moderno, affermantesi unico depositario e vindice della sovranità nazionale, non restava che rivendicare opportunamente altresì quella parte di poteri sovrani, posseduti già, in conseguenza di necessità storiche inferiori, dalla Chiesa, organo formidabile per la potenza e l' autorità onde trovavasi circondato ed al quale perciò era riuscito imporsi lungamente sopra l' organismo civile dello Stato. La rivendicazione solenne dei poteri sovrani rimpetto alla Chiesa costituiva per lo Stato l' impresa più ardua e la più decisiva insieme: non poteva quindi avverarsi che dopo di avere rivendicato completamente, di fronte agli organi minori, la parte di sovranità da questi nel fatto indebitamente posseduta. Bisognava prima divenire Stato nazionale, per affermarsi poscia Stato laico, tale cioè da rivendicare validamente anche quella parte di diritti sovrani onde, per consenso ed acquiescenza universale, trovossi lunga pezza investita la Chiesa. Ed ecco sparire via via i privilegi, le immunità e le giurisdizioni ecclesiastiche, flagrante attentato del diritto comune, e negazione recisa del principio di uguaglianza fra tutti gli ordini di cittadini. Di qui pure l' assorgere del matrimonio alla dignità d' istituto eminentemente civile

per quanto riguarda il complesso dei molteplici rapporti giuridici che ad esso, prima e dopo la celebrazione, necessariamente si collegano. Lo Stato in altri termini ha rivendicato a sè il potere sovrano di regolare direttamente, per via di legislazione, come altre materie e funzioni sociali analoghe, anche l'organismo importante del matrimonio, da cui si genera quello della famiglia, nesso elementare il più saldo della compagine sociale, laboratorio fecondo di esistenze umane, sorgente perenne di diritti ed obbligazioni. Gli è perciò che vediamo il codice civile italiano, come prima il codice francese e quelli degli altri Stati moderni, regolare in un titolo apposito, la materia del matrimonio, determinando tassativamente le condizioni e i modi onde il vincolo coniugale si contrae, nonchè gli effetti giuridici che ne promanano riguardo agli sposi ed alla prole nascitura dopochè il medesimo trovasi contratto.

Quel che manca però nel codice civile italiano, a differenza dei codici di altri Stati ed anche del codice civile francese, secondo fu esso in origine costituito, si è una sezione apposita, dove siano determinati e regolati legislativamente i casi nei quali, ed i modi coi quali possa il vincolo coniugale contratto legalmente disciogliersi, nonostante la sopravvivenza di ambo i coniugi, allorquando meno vengono irreparabilmente le condizioni essenziali per tenerlo in essere. E il legislatore nazionale del 1865 tacque su questo argomento, senza punto abdicare al legittimo potere che gli spetta di regolare in modo autonomo tutta la materia matrimoniale in base a motivi dettati dall'interesse della società civile, giacchè ritenne che, « collocando nella soglia del matrimonio l'idea del divorzio, avrebbe avvelenato la santità delle nozze, deturpatane l'onestà, perchè quell'idea si sarebbe mutata nelle mura domestiche in un perenne ed amaro sospetto ».

Se il codice italiano vigente, adunque, non ha consacrato tra

le sue disposizioni l'istituto del divorzio, come mezzo efficace a disciogliere legalmente in taluni casi estremo l'unione matrimoniale, ciò è stato senza dubbio non perchè il legislatore civile si credesse incompetente a regolare siffatta materia, ma perchè invece credette opportuno allora non accentuare troppo il dissidio, avuto riguardo alle condizioni della pubblica opinione dominata dallo spirito delle dottrine cattoliche, tra lo Stato e la Chiesa, cui moltissime delle prerogative sovrane vennero in quel tempo bruscamente sottratte. Fu motivo di prudenza, non idea d'incompetenza, che distolse il legislatore nazionale del 1865 dal consacrare, come coronamento e integramento del matrimonio civile, l'istituto del divorzio. La quistione dunque fu rimandata non risoluta, pur affermando frattanto il legislatore civile la sua legittima competenza in proposito. Non la risolvette o, meglio, la risolvette allora nel senso dell'assoluta indissolubilità del matrimonio, per effetto di subordinazione all'autorità della Chiesa; ma, per dichiarato convincimento, che l'introduzione del divorzio in quel tempo avrebbe gittato lo sconforto e il disordine nel sacro recinto della famiglia.

Or, data per inconcussa la competenza dello Stato ad ordinare direttamente, secondo ha già fatto, il matrimonio come istituto civile — in quanto rappresenta esso una delle funzioni più importanti della vita sociale, riguarda cioè le condizioni e i modi onde il medesimo si fonda e si accerta, nonchè riguarda i diritti ed obblighi originantisi tra' coniugi e gli altri membri della famiglia — bisogna, per necessità logica ed inesorabile delle cose, ammettere altresì che lo Stato sia pure competente a determinare i casi e i modi coi quali possa il matrimonio civilmente contratto anche civilmente disciogliersi: se il matrimonio, in altri termini, è per lo Stato un istituto civile di altissima importanza, discende legittima ed irrefragabile la conseguenza

ch' egli, come ha il potere di determinare le condizioni e i modi ond' esso legalmente si contrae, abbia il potere altresì di determinare le condizioni e i modi onde legalmente si discioglie.

D' incompetenza dunque dello Stato a legiferare sul divorzio non può parlarsi, come non si parla punto d' incompetenza del medesimo ad ordinare il matrimonio qual istituto civile, perciò che riguarda le condizioni e i modi onde si contrae, si accerta e si regge. Data la legittimità della premessa, non può essere revocata menomamente in dubbio la legittimità della conseguenza.

Nè credo valido argomento quello enunciato dal Salandra prima e ringagliardito dal Gabba poi, che l' introduzione del divorzio in Italia offenderebbe il sentimento religioso della maggioranza nazionale, su cui tanta parte della nostra vita e dei nostri costumi trovasi saldamente fondata.

Queste medesime accuse furono slanciate, con maggiore acrimonia forse, quando, venti anni addietro, venne dal legislatore nazionale introdotto l' istituto del matrimonio civile in Italia, come rivendicazione solenne di diritti spettanti allo Stato di fronte alla Chiesa. Ed era più logica l' obbiezione da parte degli oppositori di allora; giacchè la consacrazione del matrimonio quale istituto civile poteva suonare, per l' animo timorato dei credenti, come dissacrazione del matrimonio sacramento, e quindi come un' offesa manifesta del sentimento religioso dominante, una scossa violenta della base fondamentale in cui la famiglia cristiana, per diuturna consuetudine, trovavasi adagiata. Siffatto inconveniente però non poteva che avere un valore semplicemente transitorio; essendo inevitabile che qualunque riforma, quand' anco la più giusta e la più salutare, produca delle perturbazioni di sentimenti e degli spostamenti d' interessi collegantisi all' organismo del vecchio istituto, finchè non abbia preso un assetto definitivo per virtù di

adattamento e di equilibrio coi bisogni e le condizioni sociali che lo hanno giustificato.

Or questo appunto è avvenuto mediante l'introduzione del matrimonio civile in Italia; che cioè, nei primi anni, allorquando entrò in vigore l'attuale codice civile, migliaia di matrimonii, per effetto d'inveterata consuetudine, furono conclusi soltanto dinanzi al parroco ed in virtù della semplice benedizione religiosa. Da ciò un doppio inconveniente di gravissima importanza: quello innanzi tutto di sconoscere l'autorità suprema dello Stato, unico depositario ed organo sovrano del diritto nazionale, in materia di matrimonii; l'altro poi che, contraendo illegalmente il vincolo matrimoniale senza l'intervento autorevole della potestà civile, non potesse il medesimo divenire produttivo di effetti giuridici, per guisa da far valere dinanzi alla legge lo stato di marito e di moglie congiunti tra loro regolarmente in matrimonio, e di figli legittimamente procreati da giuste nozze. Incerta, dunque, la condizione delle donne spesso miseramente tradite da uomini senza cuore che, dopo di averle sposate soltanto innanzi alla Chiesa, passano impunemente ad altri abbracciamenti o ad altre nozze legalmente contratte; incerta e deplorevole al tempo istesso la condizione della prole che, nata fuori la cerchia delle giuste nozze, non può vantare lo stato di figli legittimi e neanche quella di semplici figli naturali legalmente riconosciuti (V. CIMBALI, *La Nuova Fase del Diritto civile,* pag. 138 e seg.). Gli è perciò che da taluni, compreso il Gabba, furono invocate, e da un ministro guardasigilli, Vigliani, financo proposte delle pene, nell'interesse della società e della famiglia, contro il ministro del culto e contro gli sposi che non facessero precedere al matrimonio religioso la celebrazione del matrimonio civile.

Oggimai però siffatti inconvenienti che, nei primi anni della introduzione del matrimonio civile, assunsero proporzioni molto

allarmanti pel gran numero di matrimonii contratti col solo vincolo religioso, sono in gran parte scemati, così per la prudenza usuta in talune diocesi dall'autorità ecclesiastica come altresì, quel che è più, pel diffondersi progressivo dei principii onde trovasi governata la vigente legislazione matrimoniale, nella gran massa dei cittadini. Checchè ne sia di ciò, e salvo sempre il diritto nello Stato a far cessare del tutto, quando lo creda opportuno, gl'inconvenienti deplorati, mediante irrogazione di apposite pene; non puó essere mica dubbio ch'egli, avocando a sè il governo del matrimonio come istituto meramente civile per quanto riguarda la produzione dei rapporti giuridici che adesso si collegano prima e dopo la sua celebrazione, non ha fatto altro che usare di un diritto proprio spettantegli come organo supremo della sovranità nazionale, senza che avesse inteso recare per nulla offesa al sentimento religioso dei cittadini cattolici. Egli regola il matrimonio per ciò che riflette soltanto il lato civile del medesimo: la produzione, cioè, dei rapporti di diritto e di obbligazione, ma lascia nel tempo stesso alla Chiesa piena facoltà di regolarlo come crede sotto l'aspetto religioso, e ai cittadini credenti pienissima libertà di conformarsi, sempre che vogliono, alle dottrine della Chiesa, suggellando il vincolo civile con quello religioso. Ed era questo l'insegnamento di S. Tommaso, la cui autorità non può essere sospetta per coloro che oppugnano il divorzio in nome del sentimento religioso: *Matrimonium in quantum ordinatur ad bonum politicum subjacet ordinationi legis civilis; in quantum ordinatur ad bonum Ecclesiæ oportet quad subjaceat regimini acclesiastico.*

Questi stessi argomenti di ordine puramente giuridico, che militano vittoriosamente per giustificare nella maniera più inconcussa l'istituto del matrimonio civile contro le fiere accuse lanciategli dai paladini del cattolicismo intransigente, valgono a

giustificare trionfalmente altresì l'istituto del divorzio, conseguenza e complemento naturale di quello; giacchè, riconosciuto il potere legittimo nello Stato di ordinare civilmente la materia del matrimonio per ciò che riguarda le condizioni e i modi onde il medesimo si origina, si accerta e si conserva, non può negarglisi la legittima facoltà di determinare benanche le condizioni per le quali ed i modi coi quali possa esso, in casi estremi, civilmente disciogliersi. L'autorità legittima della Chiesa non per ciò verrà scossa, nè il sentimento religioso dei credenti per nulla scosso.

Imperocchè nessuno che abbia fior di senno oserà giammai contendere alla Chiesa il potere legittimo di regolare il matrimonio in quanto è sacramentato, cioè per tutto quel che concerne i rapporti meramente spirituali ed i fini essenzialmente religiosi; come nessun legislatore al mondo potrà toglierle l'impero che essa legittimamente esercita sulla coscienza dei credenti. Entro la sfera dei rapporti spirituali, e dei puri obblighi di coscienza, piena è l'autorità della Chiesa, sacra è la sua giurisdizione: lo Stato, in omaggio ai principii di uguaglianza e di benintesa libertà individuale, non può che rispettarla, farla gelosamente rispettare da chicchessia. Egli agisce soltanto nella sfera dei rapporti giuridici e come l'unico ente politico che rappresenta la totalità organizzata, per quel che riguarda l'ordinamento delle attinenze di diritto e di obbligazione tra' coniugi e tra gli altri membri della famiglia costituita.

Deriva da ciò logica ed irrefragabile la conseguenza eziandio che i veri cattolici, comunque ne abbiano indiscutibilmente il diritto al pari degli altri ordini di cittadini, possono tuttavia, obbedendo ai precetti della Chiesa, valersi del divorzio, quand' anche concorrano a loro favore quelle condizioni estreme per cui, giusta le leggi dello Stato, possa giuridicamente chiedersi lo scioglimento del matrimonio mediante il divorzio. Non è dunque

per nulla offeso il loro sentimento religioso, se il valersi o no del divorzio rimane in loro balìa: trattasi già, non di una obbligazione, ma di una facoltà che la legge dello Stato riconoscerebbe indistintamente a tutte le classi di cittadini indipendentemente dalle rispettive credenze religiose: il servirsene o no nei casi tassativamente designati sarebbe l'espressione della libertà personale di ciascun individuo, giudice supremo ed incensurabile delle proprie convinzioni religiose nonchè dei modi onde curarne la scrupolosa osservanza.

Lungi dall'esserne offeso potrebbe afforzarsi, anzi, mediante l'introduzione del divorzio, il sentimento religioso dei veri cattolici. Imperocchè se, malgrado ne abbiano il diritto giusta la legge comune dello Stato, e malgrado concorrano pure a loro favore le condizioni gravissime dalla medesima stabilite, si guardano bene dal chiedere lo scioglimento del vincolo coniugale mediante il divorzio, ciò sarà dovuto unicamente all'efficacia del sentimento religioso, il quale, quando agisce spontaneo, se vero e profondamente radicato, diviene sempre più intenso e vivace, per guisa da resistere alle facili tentazioni, da insistere pertinacemente nella virtù del sagrifizio. E si vedrebbe in tal caso alla prova quanto sia grande tuttora e salutare l'azione del sentimento religioso, nella società moderna; se varrà esso solo, agendo misteriosamente colla forza che gli viene dall'altezza dei suoi ideali nel segreto delle coscienze, a mantenere in vita dei matrimonii che, per effetto della legge civile, concorrendo già le cause supreme da essa previste, potrebbero efficacemente discogliersi.

Non così avviene oggi, che, trovandosi proclamata l'assoluta indissolubilità del matrimonio anche dal legislatore civile, non può ascriversi all'azione salutare dello spirito religioso se i matrimoni legalmente contratti si conservano indisciolti; ma è conseguenza imperiosa invece dell'assoluto divieto sancito dalla legge

dello Stato circa la possibilità di sciogliere legalmente il matrimonio per effetto del divorzio. Questa condizione di cose anzi, lungi dal recare vantaggio, produce danno grandissimo al sentimento religioso; poichè, ravvisandosi negl' insegnamenti e nell' influenza sociale contrarii della Chiesa cattolica la causa principale degli ostacoli che hanno finoggi distolto il legislatore civile dall' introdurre questa importante riforma nell' istituto del matrimonio, aumenta contro di essa l' odio di coloro che professano credenze diverse o che non ne professano alcuna, e scema, se non si attutisce addirittura, l' amore nell' animo degli stessi credenti, cui la Chiesa cattolica, per effetto della sua rigida intolleranza influente negli alti poteri dello Stato, nega col divorzio il supremo rimedio alle grandi sventure domestiche onde sono irreparabilmente travagliati. Il sentimento religioso non si avvantaggia presso i veri cattolici quando non si deve all' azione spontanea di esso la conservazione del matrimonio indissolubile; scapita invece nel concetto degli altri, che attribuiscono l' unione forzata, imposta dal legislatore civile, alle ispirazioni tenaci dell' ecclesiastico, atteggiandosi pubblicamente a vittime incomprese o invendicate dinanzi a tanta tirannia del legislatore.

III

Se da quanto finora si è detto risulta evidente, che da un canto legittima ed indiscutibile si porge la competenza dello Stato ad ammettere, in casi estremi, lo scioglimento legale del matrimonio per effetto del divorzio; e che dall' altro l' introduzione del divorzio non costituisce un' offesa pel sentimento religioso dei cattolici, ai quali resta piena libertá di servirsene o no, e non servendosene resta unicamente ad esso il merito di avere impe-

dito la dissoluzione del vincolo coniugale; discende logica ed inconcussa la conseguenza, che il problema del divorzio va posto in altri termini. E nel porre i termini del problema mi trovo perfettamente di accordo col Gabba; comunque dissenta profondamente da lui nella soluzione del medesimo.

Date le condizioni presenti della società moderna in generale, e quelle della società italiana in particolare, quali sarebbero i prevedibili effetti pratici nascenti dall' introduzione del divorzio, così riguardo alla società, come riguardo alla famiglia, e soprattutto riguardo alla moralità nazionale? Posto in tal guisa il problema, l' illustre professore dell' Ateneo pisano, dopo lunga serie di abili e poderose argomentazioni, risponde che l' istituto del divorzio sarebbe causa di grandi perturbazioni della società, di violenta dissoluzione della famiglia, di fieri colpi e decisivi alla vacillante moralità nazionale. Se tali conseguenze funeste prevedute dal Gabba fossero veramente informate alla realtà, per guisa da doversi produrre immediatamente ed inevitabilmente dall' introduzione del divorzio, mi unirei volentieri a lui per protestare contro la stoltezza e l' insipienza di un legislatore che ciecamente, col vagheggiare una riforma sì disastrosa, tanti mali preparerebbe alla nazione. Ma io ritengo invece che, in nome dell' ordine sociale turbato, della santità domestica vilipesa e della moralità nazionale crollante, debba invocarsi l' istituto del divorzio come supremo rimedio civile a mali che in atto si deplorano inutilmente, e che acquistano sempre proporzioni più allarmanti se non si accorre in tempo ad arrestarli.

Dirò con brevità e, se riesca, anche con efficacia, le ragioni che, pure studiato il problema dal giusto aspetto dell' opportunità politica, mi consigliano a risolverlo in senso diametralmente opposto a quello del Gabba, nello scopo appunto di far cessare in atto e di prevenire in futuro quegli stessi mali ch' egli crede

saran per derivare dall' introduzione del divorzio, e che io reputo viceversa derivati od aumentati ed aumentabili eziandio sol perchè manca l' istituto beninteso del divorzio insieme con altri che, al pari di esso, servano ad inculcare l' osservanza dei doveri coniugali, ed a punire con valide sanzioni le infrazioni estreme.

Conquista preziosa di una civiltà che porta il suggello dei secoli, il matrimonio monogamico indissolubile rappresenta l' ideale della convivenza domestica; perchè serve a mantenere, insieme colla perennità, la validità e l' intimità del vincolo di famiglia, cellula elementare la più salda e la più efficace della convivenza sociale. Notevole intanto che il matrimonio, rispondendo esso a un bisogno perenne assoluto ed inesauribile della natura umana, quella di *perpetuare la specie riproducendola,* ha esistito sempre, in ogni tempo, in ogni luogo, coevo tanto alla civiltà quanto alla barbarie. La sua forma però, come quella di altre istituzioni superstiti alle immani rovine del tempo, non si è mantenuta sempre immutata; ma ha dovuto soggiacere bensì a delle graduali ed inevitabili mutazioni richieste dal progressivo mutare delle condizioni e dell' ambiente sociale circostante, cui ha dovuto di continuo e gradatamente adattarsi, per poter compiere regolarmente l' esercizio della propria funzione.

Onde vediamo in certi momenti della storia e in certi tipi di società come la patriarcale, dove a un territorio vasto ed inesauribile di risorse fa riscontro una popolazione assai scarsa e gagliarda per vigoria giovanile, sorgere e fiorire la *poligamia,* forma di matrimonio la più adatta per la rapida propagazione della specie; mentre al contrario, in quei momenti storici e presso quella società dove fiacca e sovrabbondante è la popolazione in raffronto alla strettezza od alla sterilità del territorio, ha preso germoglio e sviluppo la *poliandria,* ora in modo pubblico ed aperto come nel Tibet, ora in modo segreto e coperto mediante l'adulterio

e la prostituzione, onde le società corrotte ci offrono esempi quotidiani, nello scopo appunto di frenare il rapido aumento della popolazione. Queste due forme di coniugio non rappresentano certamente il tipo normale del matrimonio, ma d'altro canto avuto riguardo ai tempi ed alle condizioni sociali in mezzo a cui vissero o vivono tuttora, bisogna ritenere che, fino a quando non siano cessate le condizioni e i bisogni sociali determinanti, non è possibile nè utile il passaggio ad altra forma più elevata di matrimonio.

Il matrimonio monogamico indissolubile, che rappresenta il tipo normale di costituzione della società famigliare, non è sorto di un tratto. È il prodotto bensì della lenta evoluzione compiutasi nell'organismo della famiglia mediante una lunga serie di esperimenti e di vittorie successive conducenti al risultato finale di dare alla società domestica l'assetto che meglio la rende atta, nelle condizioni elevate della civiltà presente, a compiere regolarmente la funzione riproduttrice ed educatrice della specie: sia mantenendo costante l'equilibrio numerico dei sessi, sia provvedendo, colla saldezza del vincolo, alla più completa e duratura integrazione della persona dei coniugi, che fondono reciprocamente tra loro i caratteri e le qualità opposte; sia provvedendo, largamente, infine, per effetto della durata e della intensità del vincolo, al sostentamento ed alla educazione più efficace della prole.

L'ordinamento sociale del matrimonio sulla base della unione monogamica indissolubile è dovuto alla civiltà occidentale, e trovò primieramente la sua più alta consacrazione nella società romana, che se lo raffigurò come *consortium omnis vitæ;* e come *viri et mulieris coniunctio individuam vitæ consuetudinem continens.* Da quell'epoca in poi finoggi si è conservato sempre, traverso le fasi successive della civiltà, fondato sulla base dell'unione monogamica indissolubile, l'ordinamento del matrimonio. Se nonchè, comunque inalterato sia rimasto in sostanza,

per così lungo volgere di secoli, l'ordinamento del matrimonio monogamico indissolubile, sono cambiati tuttavia, col cambiare delle diverse forme di civiltà, i motivi e le ragioni determinanti di esso.

Presso la società romana primitiva, il matrimonio monogamico, istituto comune alla quasi universalità dei popoli di occidente, trasse i motivi e le ragioni determinanti della indissolubilità innanzi tutto dall' intervento della religione che facea delle pareti domestiche un tempio consacrato agli Dei penati — *sacra domestica;* consacrazione che avea luogo specialmente mediante la *confarreatio,* forma eminentemente religiosa di celebrare il matrimonio, che lo rendeva, secondo taluni, assolutamente indissolubile. E in secondo luogo dalla illibata severità di costumi onde i primi romani restarono celebri nella storia; nonchè dall' autorità sconfinata che soleva esercitare il marito sulla moglie la quale, per effetto del matrimonio celebrato in forma solenne, cadeva sotto il di lui potere, *manus,* ed era considerata non come compagna di lui, ma come figlia, *loco filiæ habebatur.* Muovendo dal principio che il matrimonio traeva la sua origine dal consenso — *nuptias non concubitus sed consensus facit* — fu ammesso sin dai primordi della società romana che potesse il medesimo disciogliersi per virtù del dissenso: *nil tam naturale, quam id eo modo dissolvere quo colligatum est.* Ed ecco il divorzio riconosciuto fin dai primi tempi; ma che prese in origine la forma del *ripudio,* come facoltà cioè concessa unicamente al marito di scacciare la moglie per cause determinate, prima fra tutte l' adulterio.

Questo diritto di sciogliere il matrimonio legalmente contratto mediante il divorzio rimase, nei primi secoli della vita romana, lettera morta per effetto della religione, del costume, dell' autorità sovrana del *pater familias* interessato a mantenere

saldo ed inalterato il vincolo originario di famiglia. Fu causa di grave scandalo e di profondo stupore il primo caso di ripudio avvenuto in Roma nel sesto secolo per opera di Muzio Carvilio Ruga. Da quell' epoca in poi però, stremato il prestigio della religione, corrotto il costume, decaduta l' autorità maritale, nessun freno efficace valse più a contenere l' uso dei ripudii. Avvenne anzi di più, che la facoltà di divorziare, col tempo, fu concessa pure alle donne; e queste ne abusarono anche più degli uomini. Onde lo spettacolo assai ributtante negli ultimi anni della repubblica e sotto l' impero, che, venuto meno al matrimonio il sussidio della religione, del costume, dell' autorità domestica, rimastogli solo la sterile base del contratto, potesse il medesimo contrarsi e dissolversi sempre a volontà degli sposi. Onde l' uso quotidiano del divorzio fatto per mutuo consenso degli sposi, *bona gratia,* senza l' adempimento di alcuna speciale formalità, ed anche per volontà di uno soltanto degli sposi, che aveva piena facoltà di abbandonare la casa coniugale, la moglie, *divortiti;* ovvero di scacciare impunemente l' altro, il marito, *repudiat.* E si giunse a tal segno di rilasciatezza nei costumi che le dame romane non si peritavano, al dir di Seneca, di contare i loro anni dal numero dei loro mariti.

Il dissolvimento della famiglia, effetto della moralità, del carattere e del costume primitivo disciolto, trasse seco inevitabilmente la dissoluzione della società romana. Questa precipitosa decadenza della società e della famiglia romana venne descritta mirabilmente da Orazio coi seguenti versi:

> Fæcunda culpæ sæcula nuptias
> Primum inquinavere et genus et domos:
> Hac fonte derivata clades
> In patriam pópulumque fluxit.

Il matrimonio in Roma negli ultimi tempi, mediante l' abuso quotidiano ed illimitato del divorzio, avea perduto il carattere

prezioso della sua indissolubilità; nè la restaurazione di siffatto principio era più possibile se non si fossero prima trovati nuovi motivi e nuove cause determinanti, conformi ai bisogni ed alle mutate condizioni dei tempi.

Ed ecco, banditore di un nuovo domma e di una nuova fede, sorgere il Cristianesimo che, nato in Oriente, emigra in Occidente, nel paese della storia. Sorto nella pienezza dei tempi, proclama egli l' uguaglianza e l' amore tra gli uomini come figli tutti di un medesimo padre celeste. La terra è nulla di fronte al cielo; poichè opera immediata del cielo sono gli uomini, ed è al cielo che debbono aspirare: la vita della terra soltanto fittizia, temporanea; quella del cielo vera, eterna. La materia e la carne, fardello ignobile dell' umana natura, istigatrici perenni di abbrutimento e di vizii; è invece lo spirito l' attributo eminente che hanno gli uomini comune con Dio; quello per cui, guardando sempre in Dio, possono ritornare immancabilmente a lui nella vita futura. L' incontinenza e i godimenti mondani causa sicura di perdizione nella vita oltremondana; mentre degni di premio e di gioje inesauribili l' astinenza e i patimenti della vita terrena.

Questa dottrina, uscita dal fondo dell'estrema Galilea, penetra e si diffonde rapidamente, per opera di apostoli zelanti, nel mondo latino; dove in mezzo ad una società, corrosa dal vizio ed esaurita dalla corruzione, trova gli animi disposti al sacrifizio ed al disprezzo di una vita già priva di qualunque idealità e di qualunque valore. E la gente, che avea provato i piaceri tutti e le gioje infeconde della vita mondana, si abbandonava ciecamente alle promesse affascinatrici della oltremondana che, quanto più ignota, tanto più destava timori e speranze nell' anima di tutti. Aggiungasi a questo il pericolo minacciato della imminente fine del mondo; e si spiegherà subito come il cristianesimo siasi mirabilmente imposto sulla decrepita società romana, per guisa

da rigenerarla, coll' esagerazione dei principii opposti, al culto dell' idealità e del sentimento morale.

Segno di uno stato più alto di perfezione, perchè rappresenta la vittoria completa dello spirito sulla carne, si predicò il celibato, che raccolse numerosi proseliti tra uomini e donne, nella solitudine dei chiostri e nel silenzio delle foreste. E giacchè non poteva distruggersi, come quello che serve a perpetuare la specie riproducendola, si pensò di santificare il matrimonio, ponendolo sotto la tutela immediata del cielo. La donna non fù più la serva dell' uomo, ma la compagna fedele di esso; e il vincolo nuziale che tra loro venivasi a stringere riceveva di già, mediante il sacerdote, la suprema benedizione del cielo, per guisa da innalzarsi alla dignità di sacramento raffigurante la mistica unione di Cristo colla Chiesa e traente seco il conferimento della grazia divina: *erunt duo in carne una.*

La famiglia così diveniva un santuario di pudicizia e di virtù, dove sacri, perchè inculcati direttamente dal cielo, erano i doveri coniugali; ambito, perchè preparazione alle gioje della vita futura, il sagrifizio; inalterabile, perchè legato e benedetto direttamente da Dio, il vincolo nuziale. Come naturale conseguenza di ciò veniva reintegrata e riconsacrata con più forte cemento, per opera del cristianesimo, l' indissolubilità del matrimonio; indissolubilità però che trovava la sua nuova base, i suoi motivi e le sue ragioni determinanti nello spirito e nel sentimento della religione cristiana: *quod Deus conjunxit homo non separet.*

L' azione del cristianesimo sulle coscienze del tempo fu tale, che se ne scorgono tracce molto significanti nella legislazione giustinianea. Gl' imperatori cristiani non osarano abolire di un tratto il divorzio, già divenuto vergognoso strumento di dissoluzione della società e della famiglia; ma lo circondarono gra-

datamente di tali restrizioni, lo sottoposero a tali condizioni, e lo fecero seguire da tali punizioni da rendere difficile, salvochè in casi estremi, l'uso di esso. È notevole anzi come, in tutte le misure di rigore adottate dagl'imperatori cristiani, la parte predominante vien rappresentata dal sentimento religioso; giacchè in qualche caso era permesso il divorzio per far voto di castità, e negli altri casi, in cui aveva luogo, erano costretti gli sposi divorziati a lasciare il mondo per entrare nei conventi. La legislazione civile così serve di mezzo agli scopi della religione cristiana, ed è somma provvidenza, perchè solo questa possedeva il segreto d'imporsi alle coscienze e di restaurare il sentimento morale tramontato.

Col trionfo assoluto del cristianesimo in mezzo alla corrotta società romana, ed alla sorgente società barbarica trionfò anche in modo assoluto il principio dell'indissolubilità del matrimonio; ed il potere sovrano di regolare legislativamente tutta la materia del matrimonio lo assunse, senza contrasto, la Chiesa; essa che l'avea redenta dal dominio brutale della sensualità e dell'arbitrio per rimetterlo sotto il patrocinio di una legge morale oltremondana. Le nuove basi ed i nuovi motivi determinanti dell'indissolubilità matrimoniale, adunque, collegansi strettamente alle dottrine rigeneratrici del cristianesimo che, come ne costituisce il fondamento, ne costituisce pure la misura.

E la Chiesa di Roma, organo supremo della religione cristiana trionfante, ha mantenuto costantemente in onore salvo qualche deviamento più o meno discutibile, nei suoi insegnamenti e nella sua pratica, il principio dell'assoluta indissolubilità del matrimonio; principio che venne completamente accolto, senza veruna riserva, nelle legislazioni di tutti gli stati civili convertiti al cristianesimo.

Or se il fondo dell'assoluta indissolubilità del matrimonio

sta nei dommi e nella morale della religione cristiana che, innalzandolo alla dignità di sacramento, gl' imprime il suggello della benedizione divina per guisa da farne un nodo congiunto immediatamente dal cielo ed irresolubile senza il volere del cielo, manifestantesi colla morte di uno dei coniugi; e se le legislazioni emanate dalla autorità civile quali organi subordinati, secondo il concetto cattolico, a quella della Chiesa diretta emanazione di Dio, e come tali conformantisi pienamente agl' insegnamenti della Chiesa; discende logica ed inesorabile la conseguenza che, per mantenersi indissolubile il vincolo matrimoniale, occorrerebbe conservare intatto ed inalterato il sentimento cristiano che ne è la base costitutrice; come occorrerebbe conservare inalterata eziandio la subordinazione secolare dello Stato alla Chiesa. Ma è avvenuto frattanto che, per effetto della rivoluzione filosofica prima, e della riforma protestante poi, un gruppo importante di popoli civili sono usciti dal seno della Chiesa cattolica; ed hanno rivendicato allo Stato il potere sovrano di regolare direttamente da sè, al pari di altre istituzioni, anche quella importante del matrimonio. L' ideale cattolico così è andato mano mano scemando nei paesi protestanti, ed è scemata gradatamente, nella stessa misura, l' autorità fin' allora esercitata senza contrasto dalla Chiesa nella direzione dei rapporti sociali e principalmente del matrimonio.

Venendo meno da un canto l' ideale religioso, e dall' altro l' autorità suprema della Chiesa nell' ordinamento del matrimonio sia direttamente, per mezzo delle leggi canoniche, sia indirettamente per mezzo delle civili stesse informate completamente all' insegnamento delle leggi canoniche, non poteva mantenersi più di necessità, pel cessare delle condizioni essenziali l' assoluta indissolubilità del matrimonio. Ed ecco sorgere come reazione, in parte per gli abusi del clero, ma più per lo svolgersi pro-

gressivo della libertà di esame nello spirito umano, le teorie filosofiche, prescindenti da ogni principio di autorità, in contropposto alle teorie religiose. Si presero le mosse dall' ordine naturale, facendosi astrazione dall' ordine soprannaturale, moderatore supremo dei rapporti giuridici di qualunque sorta; si riconobbe lo Stato, riservando unicamente alla Chiesa l' impero limitato dei rapporti spirituali.

Agli effetti di questa grande rivoluzione filosofica, riflettentesi poscia negli ordinamenti politici, non poteva sfuggire la materia importante del matrimonio; ed è in essa principalmente che si manifesta l' influsso delle nuove idee. Basti ricordare soltanto le dottrine di Tomasio e di Kant, i due organi massimi della filosofia giuridica tedesca, intorno al matrimonio, che considerarono come un puro e semplice contratto avente per base la volontà reciproca degli sposi e per iscopo il reciproco possesso delle loro qualità sessuali, acciò si spieghi bene l' ordinamento del matrimonio nelle legislazioni dei popoli tedeschi, usciti dal grembo della Chiesa cattolica, ed ispiratisi alle dottrine della scuola filosofica dominante, ausiliaria potente della riforma religiosa. E si spiega pure con ciò la grande facilità onde si ammette lo scioglimento del matrimonio per effetto del divorzio negli Stati germanici, specie in quelli dove la maggioranza della popolazione, come in Prussia, è protestante.

Questo fenomeno dell' introduzione graduale del divorzio nei paesi che mano mano sonosi staccati dalla Chiesa Cattolica, e nella misura proporzionale in cui siffatto distacco si è avverato, non è casuale, nè privo di un alto significato razionale, giacchè rappresenta il sostitursi progressivo dell' ordinamento laico a quello ecclesiastico come base delle società moderne. Esempio notevole di questa graduale introduzione del divorzio nei costumi e nelle leggi dei popoli allontanatisi dalla Chiesa cattolica, offre l' In-

ghilterra dove, alquanto tempo dopo la riforma religiosa, solo in casi estremi e mediante un atto del parlamento, reso difficile dalla lunghezza e dal dispendio della procedura, cominciò ad accordasi lo scioglimento del matrimonio mediante il divorzio, fino al 1857, epoca in cui, riformata l' antica procedura e soppressa la giurisdizione parlamentare, fu istituito un apposito Tribunale — *Court for divorce and matrimonial causes* — per pronunziare divorzio in base a cause determinate assai più limitate di quelle ammesse dalla legislazione prussiana. Nè va spregiato l' esempio della Russia, dove viene ammesso il divorzio per cause determinate, appunto perchè ivi non domina la religione cattolica, coll' insegnamento della quale non può il medesimo conciliarsi; sibbene la religione greco-russa, che, lungi dal derogare, trovasi subordinata ai supremi poteri dello Stato. Tutte le cause di divorzio in Russia sono di competenza dell' autorità ecclesiastica, e nessuna decisione che statuisca sul divorzio è esecutiva, senza la conferma del Santo Sinodo. Il matrimonio delle persone appartenenti alle diverse comunioni cristiane vien governato dai riti delle rispettive comunioni, e può, secondo i casi, dar luogo a divorzio.

Da tutto quanto fin quì si è detto raccogliesi colla massima evidenza come il carattere dell' assoluta indissolubilità del matrimonio nelle società moderne sia l' opera immediata ed esclusiva del sentimento cristiano e dell' autorità legislativa esercitata, direttamente o indirettamente, nella materia matrimoniale dalla Chiesa cattolica. Donde la conseguenza ineluttabile che, col mancare di queste due condizioni essenziali, e nella misura in cui sono mancate, il matrimonio è venuto gradatamente a perdere il carattere dell' assoluta indissolubilità per dar luogo in taluni casi, secondo i varii paesi e i varii tempi, allo scioglimento per virtù del divorzio. Nei paesi protestanti l' introduzione del divorzio

è avvenuta dopo che i medesimi sono usciti dal grembo della Chiesa cattolica ed in Germania più che in Inghilterra per l'effetto immediato della riforma di Lutero e delle dottrine filosofiche di diritto naturale. In altri paesi poi come la Prussia, il matrimonio assolutamente indissolubile, salvochè pei cattolici, non ha potuto certamente aver vigore perchè ivi la religione cattolica non è stata mai religione dello Stato.

Si deplori per quanto si voglia, certo è che la tendenza fatale dei tempi moderni spinge ad ammettere nella loro legislazione matrimoniale l'istituto del divorzio anche quei popoli che, per diuturno attaccamento alla Chiesa cattolica, si sono mostrati finora i più riottosi. Degna di nota innanzi tutto si porge la legislazione dell'impero austro-ungarico, che vieta il divorzio ai cattolici, mentre lo permette, in casi determinati, agli acattolici giusta i principii delle loro rispettive religioni. Tale ordinamento non è certamente conforme ai postulati del diritto pubblico moderno, secondo cui lo Stato, pur avendo l'obbligo di dare il giusto peso nei suoi giudizii, come uno dei coefficienti più importanti della vita sociale, alle credenze religiose del popolo, non dee tuttavia, nel dettare le norme regolatrici di essa, subordinare giammai l'efficacia delle proprie disposizioni ai precetti di una religione dominante qualsiasi, giacchè in tal modo abdica completamente ai diritti di sovranità onde lui solo si trova investito. Ma nel tempo stesso serve mirabilmente a confermare quello che dinanzi si è detto; che cioè solo dagl'insegnamenti della Chiesa cattolica deriva l'assoluta indissolubilità del matrimonio una volta che, riguardo ad essa, soltanto pei cittadini cattolici dell'impero ha la medesima efficacia; mentre d'altro canto, in virtù della tolleranza verso gli altri culti, è ammesso per gli acattolici lo scioglimento del matrimonio mediante il divorzio. Questa condizione anormale di cose ormai non può più reggersi; perchè da un canto

rappresenta la subordinazione dello Stato alla Chiesa, e dall'altro la tirannia della Chiesa sopra i credenti che, con offesa manifesta dei principii di uguaglianza, vengono governati diversamente a norma delle loro rispettive credenze; in guisachè, per tener conto dei credenti, si dimenticano i cittadini, che tutti, senza distinzione di sorta, debbono essere uguali dinanzi alla legge.

Obbedendo a un principio interamente opposto sotto l'influenza repentina della grande rivoluzione sorta in nome di una esagerata libertà individuale contro la doppia tirannia del trono e dell'altare, la Francia, nei primi entusiasmi della vittoria riportata, instaurò nel 1792, con una larghezza che accusa lo spirito troppo innovatore dell'epoca, la legge sul divorzio. Ma perchè appunto troppo larga, costituendo facile causa di divorzio *l'incompatibilità di caratteri,* divenne segno ad attacchi ripetuti che gli abusi quotidiani giustificarono in sommo grado. Il codice civile del 1803, uscito anch'esso dalla rivoluzione, conservò il divorzio; ma d'altro canto essendo subentrati, col volgere degli anni, consigli di prudenza alla forza eccessivamente innovatrice dei primi momenti, fu abolita la incompatibilità di carattere come causa di divorzio e circondate di tali limiti e difficoltà le altre da rendere meno frequente gli abusi deplorati. Entrato insieme col codice napoleonico l'istituto del divorzio nel cattolicissimo Belgio, si è mantenuto ivi sempre in vigore con esso senza contrasto e senza interruzione, nonostante che nel 1815 fosse stato il medesimo separato dalla Francia, e che da quell'epoca in poi, spesse volte, il partito clericale avesse assunto le redini del potere.

Non così accadde in Francia dove, per effetto della restaurazione monarchico-clericale del 1815, fu, come logica e natural conseguenza, restaurato il principio dell'assoluta indissolubilità del matrimonio, e soppresso perciò completamente il titolo relativo al divorzio del codice napoleonico. Degni di essere ricordati sono

i motivi addotti dal Trinquelague nella sua relazione del 26 dicembre 1815, approvata dalla camera dei deputati, per giustificare l'abrogazione del titolo riguardante il divorzio « Agli occhi della nostra santa religione, scriveva egli, il matrimonio non è un semplice contratto naturale o civile: essa v'interviene per imprimergli un carattere più augusto. Egli è il suo ministro che in nome del creatore del genere umano, e per perpetuarlo, unisce gli sposi e ne consacra gl'impegni. Il nodo che viene formato assume nel sacramento un aspetto celeste, e ciascuno degli sposi sembra ricevere, come il primo uomo, la propria compagna dalle mani della Divinità. L'unione così stabilita non deve potersi didistruggere dagli uomini, d'onde la sua indissolubilità religiosa. Se questo dogma non è riconosciuto da tutte le chiese cristiane lo è incontestabilmente dalla Chiesa cattolica, e la religione di questa Chiesa è quella dello Stato, è quella della immensa maggioranza dei Francesi. La legge civile che permette il divorzio è dunque in opposizione colla legge religiosa. Ora questa ipotesi non dev'esistere, perchè, ricavando la legge civile la sua maggior potenza dalla legge religiosa, egli è contro la natura di quella indurre i cittadini al disprezzo di questa. Bisogna dunque per conciliarle che l'una delle due pieghi, e ponga le proprie disposizioni in armonia con quelle dell'altra. Ma la legge religiosa appartiene a un ordine di cose fisso, immutabile, elevato, al disopra del potere degli uomini. La natura delle leggi umane, dice Montesqieu, è tale ch'esse sono subordinate a tutti gli accidenti che avvengono e variano a seconda della volontà degli uomini. Per contro, natura delle leggi religiose è il non variare giammai. Tocca dunque alla legge civile il cedere, e l'interdizione del divorzio pronunziata dalla legge religiosa dev'essere dalla civile rispettata ».

Questi motivi, addotti con mesta franchezza dal relatore alla

Camera francese del 1815, sono i soli che valgano a giustificare pienamente il principio dell' assoluta indissolubilità del matrimonio. Se nonchè bisogna pur convenire, per debito di sincerità, che, trovandosi la massima parte della vita sociale odierna, specie in Italia e negli altri paesi di razza latina, fondata sopra la base del sentimento cattolico, strumento salutare di trasformazione della moralità e del costume in mezzo alla corruzione della società romana ed alle intemperanze della barbarica; si è radicata inavvertitamente nell' animo di molti la convinzione che possa il principio dell' assoluta indissolubilità del matrimonio giustificarsi e sussistere indipendentemente dai dommi della Chiesa cattolica per motivi di ordine puramente sociale. Gli è perciò che vediamo il ministro Pisanelli affermare risolutamente dinanzi alla Camera dei deputati nella tornata del 14 febbraio 1865: « essere il divorzio un fatto ripugnante ai nostri costumi »; e il senatore Vigliani, nella sua elaborata relazione al Senato sul primo libro del codice civile, facendo eco alle parole del Pisanelli, soggiungeva: « Il codice civile esclude l' idea del divorzio, ossia dello scioglimento del vincolo del matrimonio, non per motivi religiosi, ma per motivi dettati dall' interesse della società civile ».

E in verità siffatte considerazioni, trattandosi di un paese la cui grandissima maggioranza era schiettamente cattolica e la cui moralità era esclusivamente fondata sopra il sentimento e le dottrine della Chiesa cattolica, si appalesano ispirate per quel tempo ad un alto concetto di sapienza e di opportunità politica, tantopiù che dovevasi tentare l' esperimento di un istituto nuovo a gran parte della vita italiana, e combattuto anch' esso in nome dei dommi e dell' autorità della Chiesa cattolica — il matrimonio civile. Ma non si pose mente che intanto i costumi e la coscienza nazionale italiana opponevansi alla introduzione del divorzio, in quanto derivavano, per causa generativa, dal sentimento e dalle

dottrine della Chiesa cattolica; in guisachè doveva rimanere puro ed incorrotto il sentimento, piena ed incontestata l' autorità delle dottrine cattoliche nell' animo degl' italiani, fondato esclusivamente sopra questo sentimento e queste dottrine ogni principio di moralità e di costume della vita italiana, per potersi mantenere legittimamente il carattere dell' assoluta indissolubilità nel matrimonio.

Ed anche quando queste condizioni di fatto (o che apparvero tali al prudente legislatore del 1865) della vita italiana si fossero mantenute inalterate sinora; in nome di qual principio poteva egli arrogarsi, pure allora, il potere di negare lo scioglimento del matrimonio col divorzio ai non cattolici le cui opinioni e le cui credenze, lungi dall' avversare, ammettevano pienamente l' uso del divorzio; molto più che nelle contrade ove imperava il codice generale Austriaco era permesso il divorzio ai non cattolici di qualunque colore? Ciò fu avvertito alla Camera, quando si discuteva il progetto del codice civile, dal deputato Nicchi nella seduta dell' 11 febbraio 1865, giacchè affermava che « nella esclusione del divorzio vedeva una inconseguenza, una tirannia a carico degl'italiani non cattolici, ebrei, protestanti ». Mosse il legislatore italiano del 1865 per giungere a siffatta conclusione da un doppio principio: l' uno che non debba lo Stato, nel dettare le norme regolatrici della vita sociale, subordinarle ai precetti ed alle dottrine delle singole credenze religiose; l' altro poi che, indipendentemente dai precetti e dalle dottrine di qualsiasi credenza religiosa, dovesse lo Stato per motivi di ordine strettamente politico-sociale, vietare in modo assoluto lo scioglimento del matrimonio per effetto del divorzio. Siffatto concetto formulava, colla sua consueta lucidità, il ministro Pisanelli nei seguenti termini: « Quando una legge collocasse nella soglia del matrimonio l' idea del divorzio, essa avvelenerebbe la santità delle nozze, ne de-

turperebbe l'onestà, perchè quella idea si muterebbe nelle mura domestiche in un perenne ed amaro sospetto ».

Giusto, se beninteso, il primo di questi due principii; giacchè solo allo Stato come organo supremo della unità e della sovranità nazionale compete il diritto di stabilire in modo autonomo sì, ma conforme ai bisogni ed alle condizioni ed ai costumi della vita sociale quali essi si trovano in un dato momento storico, e di cui forma parte non ultima lo spirito religioso, tutte quelle norme regolatrici che valgono a conservare l'equilibrio e la misura nei molteplici rapporti ed espressioni dell'attività sociale. E potrebbe dirsi anche giusto guardato empiricamente il secondo dei due principii; giacchè, tenendo conto come per secolare consuetudine sia rimasta ignota tra noi la pratica del divorzio, avrebbe forse la brusca introduzione del medesimo potuto recare un sensibile perturbamento nei nostri costumi e nelle nostre relazioni di famiglia. Ma questa lodevole consuetudine del matrimonio indissolubile è sorta per virtù del sentimento cattolico, ed è entrata mano mano nei nostri costumi sino ad affermarsi assolutamente coll'assoluto affermarsi della Chiesa cattolica sovra ogni altra dottrina, credenza o domma morale opposto.

Il problema dunque va posto in questi termini; se cioè, date le condizioni presenti della società moderna in generale e della società italiana in particolare, faccia bene lo Stato a mantenere il carattere dell'assoluta indissolubilità nel matrimonio; lo che si risolve in quest'altro: se il sentimento cattolico è così diffuso e così radicato nei nostri costumi e nella nostra coscienza da dovere lo Stato mantenere il principio dell'assoluta indissolubilità del matrimonio come quella che, indipendentemente dalla fonte onde promana, e guardata solo da un punto di vista obbiettivo, risponde pienamente ai bisogni ed alle condizioni sociali dei tempi moderni.

Prima di rispondere adeguatamente a siffatto quesito è utile osservare che, quantunque il regime dell' indissolubilità sia stato considerato come il tipo normale del matrimonio dai popoli civili d' ogni tempo e d' ogni regione; tuttavia questa indissolubilità del matrimonio non divenne assoluta che solo per opera del cristianesimo ed in virtù del carattere di sacramento impresso al matrimonio. Lasciando stare da parte il motivo per cui sia stato ammesso, se cioè a titolo di tolleranza o di approvazione, *tolerantia aut permissione,* o perchè non si poteva impedire, *ob pravam consuetudinem,* o perchè si voleva permettere come qualcosa di lecito, *licitum faciendo et approbando;* » certo è che il divorzio, sotto la forma incivile di ripudio, malgrado possedesse il matrimonio il carattere dell' indissolubilità, fu in uso e lo è tuttora presso gli Ebrei: *Si acceperit homo uxorem, et habuerit eam, et non invenerit gratiam ante oculos ejus propter aliquem foeditatem, scribet libellum repudii et dabit in manum illius, et dimitte eam de domo sua* (2). Cristo stesso interrogato dai farisei non potè negarlo; giacchè rispose loro che la legge di Mosè avea permesso il divorzio *ob duritiem cordis.* E nella società romana primitiva, secondo dianzi abbiamo notato, malgrado il carattere perpetuo ed indissolubile del matrimonio, era pure ammesso il divorzio. Solo la rigidezza dei costumi, l' efficacia della religione e l' autorità del *pater familias* valsero nei primi secoli ad impedire l' uso di questo diritto che, mancando l' azione di tali freni salutari, dovea essere poscia così esiziale negli ultimi secoli della vita romana.

Banditore dell' assoluta indissolubilità del coniugio si fece per la prima volta il cristianesimo, il cui ufficio e la cui missione suprema era quella di richiamare gli uomini a quello stato

(2) *Deoteronomio* XXIV, in principio.

di perfezione naturale che, allontanandosi da Dio, avevano irreparabilmente perduto. E veramente con questo ideale di perfezione assoluta proclamato dal cristianesimo, che contrapponeva il cielo alla terra, lo spirito alla materia, il sagrifizio al godimento, poteva ben conciliarsi l'assoluta indissolubilità del matrimonio. Il quale perciò fu elevato alla dignità di sacramento, rappresentante l'unione di Cristo colla Chiesa, dove la parte umana e materiale del matrimonio si annulla e sparisce di fronte al carattere sovrumano ed eminentemente spirituale che esso riveste. Mistica unione fatta da Dio non può essere disciolta per opera dell'uomo: *Quod Deus conjunxit, homo non separet.* .

Quest'altissimo ideale del matrimonio predicato dal cristianesimo, essendo in aperto contrasto colle abitudini e le dottrine del tempo, dovea naturalmente incontrare ostacoli e difficoltà innumerevoli, prima di entrare definitivamente nella coscienza e nei costumi delle società convertentisi alle sue dottrine. Certo è però che, a data ora, finì col trionfare di tutti gli ostacoli ed è indifferente dal nostro punto di vista se il trionfo completo dell'assoluta indissolubilità ebbe luogo nel quinto secolo dell'era volgare come crede il ministro Villa nella sua relazione ovvero nel dodicesimo secolo come più fondatamente, sull'autorità del Laboulaye, ritiene il Cenni nella sua dotta ed elaborata monografia. Come certo è pure che, sulla base del domma proclamato dal cristianesimo, venne costruita la teoria filosofica del matrimonio assolutamente indissolubile. Questa teoria però è quella dei filosofi-teologi, e dei filosofi-metafisici: gli uni che attingono direttamente dai dommi positivi della religione cristiana le loro ispirazioni filosofiche: gli altri che, quand'anche mostrino di prescindere dai dommi positivi della religione rivelata, mettono sempre l'idea dell'assoluto e del sovrannaturale a fondamento delle loro dottrine per guisa da subordinare o da coordinare

sono stanco!!

sempre i postulati dell' umana ragione con quelli della ragione divina. Or quando a cardini del sistema si pongono l'assoluto e il sovrannaturale, qualunque dottrina filosofica, anche la più autonoma, deve, non fosse altro per le necessità stesse dell' ambiente in mezzo a cui nasce, assimilarsi una parte, più o meno notevole, dell' ideale cristiano che s' impone e affascina la mente coll' altezza e la genialità delle sue concezioni. Tale assimilazione inavvertita dell' ideale cristiano nei sistemi dei filosofi-metafisici si avvera più facilmente nei canoni e nelle norme direttrici della vita, dove la teoria cristiana segna un progresso meraviglioso su quelle dell' antichità; giacchè possiede i germi fecondi dei principii di libertà, di eguaglianza e di fratellanza destinati a ricevere il loro pieno sviluppo nei tempi moderni.

Le teorie cristiane intorno al matrimonio ed all' ordinamento della famiglia presentavano un significato e un valore troppo alto, ed erano riuscite a modificare talmente le relazioni coniugali e di famiglia, da dover entrare, anche inavvertitamente, per forza, come parte sostanziale nell' organismo dei varii sistemi escogitati dai filosofi e dai giuristi. L' equivoco però è stato questo; che, mentre conseguenza immediata ed esclusiva della teoria cristiana era il carattere dell' assoluta indissolubilità nel matrimonio, si è ritenuto invece, per inevitabile confusione di concetti, che discendesse anche dai principii comuni di natura e di ragione la medesima conseguenza. Confusione certamente questa di buona fede, perchè, vivendo circondato dappertutto dall' atmosfera cristiana, e non essendo abituato quindi a vedere concluso il matrimonio diversamente che come sacramento, dovea sorgere spontanea la convinzione nell' animo di non potersi concepire diversamente il vincolo coniugale che come assolutamente indissolubile. Oltredichè quello stato di perfezione ideale proclamato dal cristianesimo, e che nei momenti del suo maggior trionfo potè

anche forse vedersi tradotto in realtà, si reputò come il solo stato normale dell' umana natura: *Solo lex Christi humanum genus ad perfectum reduxit reducens illud in statum novitatis naturæ* (4).

Da ciò la dottrina comunemente insegnata dai canonisti e dai filosofi cristiani, che il matrimonio dovesse mantenersi assolutamente indissolubile non pure come sacramento in omaggio ai dettami della Chiesa, ma come ufficio di natura eziandio in omaggio e per effetto delle leggi naturali stesse. Organo massimo di siffatta dottrina teologico-filosofica può reputarsi S. Tommaso, il quale si esprime in questi termini: *Cum igitur instinctus naturalis sit in ispecie humana ad hoc, quod conjunctio maris et foeminæ sit individua. Lex autem divina supernaturalem quandam rationem apponit ex significatione inseparabilis conjunctionis Christi et Ecclesiæ, quæ sit una unius* (5). Si ricorre pure alla legge di natura per giustificare il principio dell' assoluta indissolubità; ma in sostanza è dalla legge soprannaturale, manifestata per mezzo della rivelazione, che deriva siffatta giustificazione. Ed anche quei filosofi che, prescindendo dalla rivelazione divina, si sono studiati di trarre dall' ordine puramente naturale i loro argomenti, hanno fatto sempre ricerca all' opera creativa di Dio per ispiegare il principio dell' assoluta indissolubilità del matrimonio. Scrive infatti l' Hubero: *Prorsus nihil est aliud individuum consortium, quam conjunctio in carnem unam; quæ non est juris positivi divini, sed ab ipsa origine rei insita a Creatore* (6). È il pensiero cristiano che, sotto apparente forma filosofica, esprime quì l' Hubero, collo stesso linguaggio cristiano.

(4) S. Tommaso, *Summa Theologica*, Supplem. qu. 67, art. 1.
(5) S. Tommaso, *Contra gentes*, Lib. III, cap. 123.
(6) Hubero, *De jure civ.*, Lib. II, cap. 1 part. 4.

Ma vi ha di più ancora. Il Concilio di Trento, radunato, come si sa, per condannare le teorie sovversive della Riforma fra cui, non ultime, quelle relative al matrimonio, fu sollecito di consacrare la dottrina dell' assoluta indissolubilità del matrimonio per legge di natura; indissolubilità che il sacramento non creò ma venne semplicemente a confermare, innalzando a suprema perfezione le proprietà naturali del matrimonio; e conferendo inoltre ai coniugi la grazia divina che tende a santificarli: *Matrimonium perpetuum, indissolubileque nexum, primus humani generis parens divini Spiritus instinctu, pronunciavit quum dixit: Hoc nunc ex opibus meis.... Gratiam vero, quæ naturalem illum amorem perficeret, et indissolubilem unitatem confirmaret, conjugesque sanctificaret, ipse Christus, venerabilium sacramentorum sustitutor, atque perfector sua nobis passione promeruit* (7).

Per quanti sforzi si siano fatti adunque onde trarre dall' ordine naturale la giustificazione del matrimonio indissolubile, il fondamento di esso, più o meno apertamente, sta sempre tuttavia nel domma cattolico. E l' influenza del domma cattolico, comunque indirettamente, si palesa benanche nelle teorie di filosofi razionalisti come l' Hegel e lo Sthal, dei quali l' uno muovendo dal concetto di una morale finalità assoluta e l' altro da quello dell' unione perfetta trà i due sessi, principii entrambi metafisici, concludono l' uno e l' altro per l' assoluta indissolubilità del matrimònio (8). Quel che reca legittima meraviglia invece si è il notare come lo stesso fondatore della moderna Filosofia positiva, A. Comte siasi rigidamente pronunziato per

(7) *Concilius Tridentinus* Sess. XIV, *De Sacram. matrim.*
(8) HEGEL, *Filosofia del Diritto* 163; STHAL, *Filosofia del Diritto* Parte II, pag. 457.

l' indissolubilità del matrimonio (9). Ma ciò si spiega benissimo quando si pensa ch' egli, comunque le avesse recato colpi fatali, non potea espellere del tutto il dominio della metafisica, specie nella parte concernente le norme regolatrici della vita portanti la consacrazione dei secoli e costituendo la base riconosciuta dell' ordine sociale. Oltre di che nessuno può sottrarsi del tutto alle leggi dell' ambiente, in mezzo a cui vive. A. Comte in questo argomento, come in altri, non è meno metafisico dei suoi avversarii.

Non si pone mente frattanto che lo spirito delle teorie cristiane, pur mantenendo integro il proprio fondo, si è andato via, col volgere dei secoli, modificando. Sono inavvertite per gli occhi dei più siffatte modificazioni, appunto perchè la Chiesa, al pari degli organismi gagliardi che, per sopravvivere alla disfatta degli altri, han bisogno di ristabilire l' equilibrio, mediante un successivo adattamento coll' ambiente che li circonda, ha saputo conservare prodigiosamente la continuità della tradizione. Ma tutti gli organismi, anche i più gagliardi e vigorosi, per quanto riescano ad infuturarsi nei secoli, hanno pure limitato il corso della loro esistenza proporzionatamente alla forza vitale di espansione che posseggono per potersi adattare, la mercè di continui equilibrii, alle continue mutazioni dell' ambiente. Ond' è che di necessità soggiacciono a un doppio moto durante il corso della loro vita: l' uno ascendente di progressiva evoluzione; l' altro discendente di successiva cristalizzazione, preludio ed avviamento alla loro inevitabile dissoluzione. Ora questo doppio moto si è verificato e, sotto il secondo aspetto, continua tuttoggi a verificarsi nell' organismo della Chiesa, come riguardo alle altre sue funzioni, anche riguardo a quella suprema del matrimonio.

(9) A. Comte, *Systeme de politique positive,* vol. II, pag. 187.

Il movimento ascendente — cominciato colle origini del cristianesimo fin da quando il suo fondatore, pronunziando le mistiche parole, *quod Deus conjunxit homo non separet,* ebbe a proclamare l'assoluta indissolubilità del matrimonio in mezzo alla corrotta società pagana presso cui risolubili ad arbitrio erano divenute le nozze — raggiunse il suo grado culminante di evoluzione quando, col trionfo assoluto del cristianesimo, entrò anche assoluta siffatta massima nei costumi e nelle legislazioni dei popoli civili. Ma da quell'epoca in poi però cominciò l'epoca del movimento discendente pel cristianesimo; il quale, non avendo più nulla da conquistare riguardo all'indissolubilità del matrimonio, dovea sforzarsi a conservare quel che avea di già conquistato. La teoria dell'assoluta indissolubilità rappresentava un concetto troppo astratto e troppo ideale del matrimonio, perchè potesse ritrovare il suo completo riscontro, salvochè nei tempi di massimo trionfo del cristianesimo, nelle condizioni della vita pratica. Si è vista costretta quindi la Chiesa cattolica, per riuscire a conciliare in qualche modo le imperiose necessità dei tempi col principio rigoroso dell'indissolubilità, ad introdurre gradatamente delle cause di nullità del matrimonio così molteplici e così elastiche da giungere, sotto forma di annullamento, al medesimo fine cui si giungerebbe mediante lo scioglimento del matrimonio per effetto del divorzio: quello, cioè, di porre un termine, in casi estremi, ai profondi dissidii ed alle grandi calamità domestiche. Il principio, in tal modo, è salvo; ma è salva pure la tranquillità e la pace delle famiglie.

Queste numerose cause di nullità del matrimonio, sotto il nome d'impedimenti dirimenti, trovansi cumulate nei noti versi: *error, conditio, votum* che corrono per le bocche di tutti; ed hanno abbastanza elasticità per abbracciare in sè i casi più gravi di domestico infortunio. Dippiù non poteva fare natural-

mente la Chiesa senza esautorarsi, perchè avrebbe ripudiato del tutto il principio dell'indissolubilità, salvochè estendere, mediante l'uso di una larga interpretazione, a' casi di suprema infelicità coniugale il valore non ben definito dei varii impedimenti dirimenti. E questo è stato prudentemente fatto semprechè il bisogno l'abbia richiesto. Oltredichè, a distogliere recisamente la Chiesa dall'introdurre novelle cause di nullità del matrimonio, influì sommamente il sorgere del protestantesimo, che, come reazione al cattolicesimo, proclamò tra' suoi massimi canoni la dissolubilità del matrimonio per effetto del divorzio. La sfida era corsa; e la Chiesa cattolica stimò difendersi, fulminando nel Concilio di Trento l'anatema contro le teorie protestanti del divorzio. Di fronte alle pretese sfidatrici del suo rivale, qualunque altra nuova larghezza sarebbe stata un' abdicazione. Si era già entrato nel periodo della resistenza; ma era questo pure il periodo della cristallizzazione: esaurendosi la forza vitale di espansione non restava che quella tenace di conservazione. Questo spirito eccessivo ma inevitabile di conservazione ha mostrato più che mai da quell'epoca in poi la Chiesa cattolica; ed era naturale: stava in ciò il limite massimo oltre il quale, coll'affermazione del suo rivale, avrebbe trovato la negazione di sè stessa: *sint ut sunt aut non sint.*

Resta pertanto il fatto, notevole, come bene osserva il Giuriati nella sua elaborata relazione parlamentare (10), che ben poche, in confronto della legislazione canonica, sono le cause di annullamento del matrimonio stabilite dal legislatore italiano sulle tracce del legislatore francese, la cui riserva in questa parte si spiega benissimo col fatto che il medesimo ammetteva pienamente il divorzio non solo per cause determinate, ma benanche per

(10) Giuriati, relaz. parlam. cit. pag. 8 e 9.

mutuo consenso (art. 229 e segg. cod civ. francese). E le poche cause di annullamento del matrimonio stabilite dal legislatore italiano, salvo l' impotenza manifesta e perpetua anteriore al matrimonio (art. 107 cod. civ. ital.), riguardano l' ordine pubblico e i diritti dei terzi, trascurando del tutto quelli, non meno sacri e più immediati, dei coniugi (art. 55, 56, 58, 59, 60, 62, 104 e 105). Anzi, poste a confronto le cause di nullità del matrimonio riconosciute dalla legislazione civile italiana con quelle ammesse dalla legislazione canonica, si scorgerà di leggieri come questa ne ammetta tredici di più, che il Giuriati numera nella sua relazione, oltre quelle comuni ad entrambe le legislazioni. E tra queste cause di annullamento, ammesse unicamente dal diritto canonico, ve ne han talune, come *l' errore sulla qualità essenziale della persona* e la *condizione,* che si prestano assai facilmente per autorizzare i tribunali ecclesiastici a pronunziare, in casi estremi, lo scioglimento di matrimonii sciagurati, pur mostrando di dichiararne semplicemente la nullità.

Basta siffatto raffronto per convincersi subito come la legislazione civile italiana si palesi molto più rigida della ecclesiastica circa l' indissolubilità del matrimonio; una volta che, in nessun caso, e per qualsiasi ragione come quella del *matrimonio rato e non consumato,* costituente causa essenziale di nullità per diritto canonico, ammette lo scioglimento del matrimonio. Fatto degno di altissima considerazione questo che la Chiesa cattolica quando fu arbitra essa sola dei destini sociali, o potè venire dignitosamente a patti, senza prostrarsi, coll' autorità civile, si studiò di temperare sapientemente il principio assoluto dell' indissolubilità consentendone lo scioglimento, per via di eccezione, in taluni casi estremi, sotto forma di annullamento del matrimonio a causa d' impedimento dirimente anteriore alla costituzione del medesimo. Si chiami scioglimento o annullamento, per

salvar meglio le apparenze della logica, certo è che nella pratica identico riesce l' effetto; quello cioè di rompere dei legami mulaugurati divenuti senza riparo sorgente inesaurabile di dolori e di amarezze per i coniugi e per la prole.

Nè v' ha da stupire se la Chiesa cattolica, dopo aver percorso questo ciclo glorioso di sapienti concessioni, siasi di un tratto, non pure arrestata nella via di ulteriori riforme ma, quel che è più, abbia combattuto altresì con violenza inesorabile qualsiasi dottrina o tentativo diretto ad ammettere, anche sobriamente, lo scioglimento del matrimonio, regolarmente contratto, mediante il divorzio. Ciò si spiega benissimo col sorgere della riforma protestante alleata ed erede della riforma filosofica, la cui missione fu quella di restaurare il concetto pagano della vita che il cristianesimo aveva completamente annullato, e di cui fra le dottrine cardinali onde, in contrapposto e come reazione a quelle insegnate dalla Chiesa cattolica, si fece banditrice, brilla in prima linea quella del matrimonio risolubile. Posta di fronte a così valida e pericolosa rivale che facea del divorzio un' arma di combattimento contro di essa, la Chiesa cattolica non potea, per suprema necessità di difesa, che respingere assolutamente qualsiasi attentato, anche il più ragionevole, all' indissolubilità del matrimonio costituendo esso argomento fondato di vittoria per l' abborrita sua rivale. Di qui la solenne condanna del divorzio proclamata nel Concilio di Trento (11) collo scopo appunto di fulminare le dottrine protestanti; e le condanne successive fatte ripetutamente dalla Chiesa per bocca dei pontefici sino all' ultima enciclica, che resterá memorabile pel sapore classico con cui è scritta, di Leone XIII, *Arcanum divinæ sapientiæ consilium.*

---

(11) *Concilius Trident.*, sessione XXIV, can. 7.

Le dottrine protestanti, frattanto, al cui trionfo si deve l'introduzione del divorzio nei paesi che abbracciarono la riforma, sono state sorpassate dalle dottrine più recenti del moderno naturalismo che, negando Dio, fuori la natura, nega per conseguenza qualunque siasi religione al di fuori e al disopra della natura. E l'umanità, senza volerlo e senza saperlo, si avvia fatalmente a divenire atea! Legittima, quindi, ed eroica nel tempo istesso giacchè fatta per l'esistenza, è la lotta titanica combattuta dalla Chiesa contro la civiltà moderna, lotta però di cui non potrà essere definitivamente sua la vittoria. Ogni nuovo passo che si slancia nella via delle riforme costituisce una nuova causa di debolezza per la Chiesa che, giunta oramai ad un grado estremo di cristallizzazione, non ha più la forza di elevarsi per adattarsi ed equilibrarsi colle imperiose necessità dei tempi moderni. Sente sfuggirsi via via il dominio delle coscienze, come le è sfuggito di già quello della vita; e lotta e resiste disperatamente per fermare almeno un istante il corso vertiginoso di una civiltà, che, facendo a meno di ogni credenza e muovendosi a ritroso dei suoi precetti, non potrà che riuscirle fatalmente sinistra.

Si spiega così la guerra violenta mossa dalla Chiesa o in nome della Chiesa contro il divorzio; e si spiegano pure in tal guisa le preoccupazioni e le trepidanze dei cattolici timorati che scorgono nel divorzio una causa sicura di rovina per la famiglia e per la religione. Non si pon mente pertanto che il divorzio, più che una causa, rappresenta un effetto spontaneo nascente dalle attuali condizioni della società moderna; effetto che può ritardarsi sì, ma che non è in potere di nessuno distruggere finchè durano le condizioni generative che gli danno causa. E le cause d'altra parte non si possono distruggere perchè figlie alla lor volta del grado presente di civiltà. Or può il legislatore

civile, senza dar prova manifesta della più volgare insipienza politica, una volta scosso se non tramontato addirittura l'ideale cristiano che vi diè origine, conservare il principio dell'indissolubilità matrimoniale in modo ancor più rigido di come abbia fatto il legislatore ecclesiastico negli ultimi tempi?

Posto il problema in questi termini, la risposta non può essere che decisamente negativa; poichè ufficio supremo dello Stato moderno è quello di colmare sapientemente i vuoti lasciati dall'ideale religioso; il quale, a misura che va man mano tramontando, lascia di esercitare quell'azione beneficamente moralizzatrice un giorno esercitata con tanta efficacia sulla coscienza degli uomini e sulla condotta della loro vita. Cessati gli stimoli e venuti meno in gran parte i freni che, coi timori e speranze di una vita futura, inducevano gli uomini alla osservanza dei doveri sociali; è mestieri che siffatta osservanza, guarentigia fondamentale di conservazione e di sviluppo per la società, si assicuri ugualmente mediante un sistema organico d'impulsi e di correttivi eminentemente civili basati sul principio fecondo di causalità e di *responsabilità* secondo cui l'acquisto del diritto si fa dipendere dall'adempimento del dovere, ed alla violazione del dovere si fa seguire la perdita del diritto correlativo, ovvero l'adempimento forzato di un dovere analogo che valga in certo modo a reintegrare l'equilibrio turbato colla infrazione del dovere primitivo.

A questa categoria di provvedimenti legislativi schiettamente civili richieste dalle imperiose necessità dei tempi moderni appartiene senza dubbio il divorzio. Nonchè il medesimo sia un istituto del tutto nuovo ed opera esclusiva della civiltà presente; chè al contrario, come di anzi fu largamente notato, l'istituto del divorzio ha una storia ben lunga che, tolta qualche interruzione più o meno durevole, si collega intimamente a quella

del matrimonio; ed, ordinato più o meno rettamente, si presenta coevo a diversi stadî di civiltà. Gli è invece ch'esso è chiamato ad assumere una forma e ad avere un valore decisamente nuovo, com' è chiamato altresì a formar parte integrante di tutto un sistema di provvedimenti legislativi armonici rispondenti alle condizioni mutate della civiltà presente.

Lasciando da parte il lato puramente religioso ed assoluto del matrimonio, sottoposto al dominio esclusivo della Chiesa, i precetti di cui possono i cittadini senza restrizione, a norma delle rispettive credenze, liberamente attuare, ma non possono imporsi forzatamente a tutti dallo Stato, specie nei dì d' oggi quando scossa e limitata è l' autorità della Chiesa, senza offendere in ciascuno il diritto alla libertà di coscienza; certo è che il matrimonio, guardato nella sua essenza obbiettiva, costituisce l' organo più intimo e più elementare della vita sociale destinato, mediante l' unione binaria integratrice dell' uomo e della donna, a perpetuare la specie riproducendola ed a migliorarla educandola. Or poichè la funzione sociale del matrimonio non è, nè transitoria, nè immediata, ma continua e persistente; uopo è che la combinazione organica dei due elementi onde risulta si mantenga perpetua ed indissolubile acciò possa rettamente compiersi la funzione ordinata del vincolo coniugale.

Ciò però implica, come scrissi altrove (12), che i due elementi molecolari, di cui si compone l' organo integratore e riproduttore della specie umana, si conservino sempre atti al proprio ufficio; per guisachè l' azione funzionale di esso non possa cessare altrimenti che con l' estinguersi della vita individuale di taluno, appunto perchè reso materialmente impossibile il continuare nell' esercizio della funzione. Ma può accadere anche, come accade

(12) *La Nuova Fase del Diritto Civile* pag. 93 e segg.

spesso difatti, che taluno od entrambi gli elementi, onde si compone l' organo famigliare, si mostrino sostanzialmente disadatti, per invincibile mancanza di coesione, a compiere l' ufficio supremo cui sono destinati; per guisachè la loro unione forzata sia causa, a un tempo, di sofferenza e di malessere pel medesimo, di turbamento e di disordine per gli altri organi finitimi, nonchè per lo stesso grande organismo sociale di cui esso fa parte. Quando ciò accade, allo stato fisiologico succede lo stato patologico dell' organo famigliare; e mentre il primo implica ed esige la continuità e la indissolubilità dell' unione coniugale, il secondo invece imperiosamente richiede la separazione dei due elementi che, per forza intima di repulsione, non possono stare fra loro naturalmente congiunti, e che costituiscono, finchè rimangono tali, una causa permanente di turbamenti e di disordini così riguardo alla famiglia, come riguardo alla società.

L' evidenza intuitiva di queste argomentazioni conduce logicamente alla conseguenza che, oltre alla morte di uno degli sposi come causa naturale, debbasi pure ammettere il divorzio come causa sociale di scioglimento del matrimonio. E la stessa parola divorzio ha un altissimo significato filosofico: *divortium ex eo dictum est, quod in diversas partes eunt qui discedunt* (13): si distaccano coloro che, per forza invincibile di repulsione, non possono star più legati fra di loro.

Considerato in tal guisa l' istituto del divorzio non è la negazione, ma l' affermazione più alta del matrimonio perpetuo e indissolubile; giacchè mentre lascia saldo e inalterato il vincolo coniugale quand' esso si mantiene allo stato normale, ne implica lo sciogliminnto legale solo allora che trovasi nel fatto irreparabilmente distrutto. Nè contraddice per nulla all' ufficio di suprema

(13) Fr. 101 Dig. *De verb. signif.* L. 16.

funzione ed istituzione sociale che il matrimonio, per consenso unanime di legislatori e di filosofi, essenzialmente rappresenta.

Libera unione contrattuale, quanto alla sua origine, il matrimonio non può, nè dee mantenersi a qualunque costo in vita per compressione forzata della legge, quando son venuti meno i motivi essenziali che determinarono a siffatta unione la volontà degli sposi. Organo produttivo di una eminente funzione sociale, esso dee restar tale sinchè fisiologicamente adatto al proprio ufficio; non già dopo che, per vizii inguaribilmente morbosi, si è verificato tale processo patologico nell' organo famigliare da esigere che si risolva nei suoi due elementi molecolari, onde cessi lo stato di perturbazione non solo della famiglia, ma benanche della società in generale. Ciò ha luogo quando il delitto, l' infedeltà, vizii profondi ed incurabili, avversione completa ed invincibile, prodotto di cause gravi e permamenti, vengono a rompere la solidità del vincolo famigliare, scavando tale un abisso tra i coniugi da rendere assolutamente intollerabile la convivenza, irreconciliabili gli animi; vengono meno in tal caso le condizioni costitutive del matrimonio, e si rende impossibile il compimento della funzione sociale cui esso trovasi ordinato. Non può dunque mantenersi oltre in vita, per virtù di semplice finzione, quel che già in realtà più non esiste per essergli mancati le condizioni proprie dell' esistenza (14).

Guardato il problema nella sua realtà obbiettiva, discende logica ed inesorabile la conseguenza che il divorzio, lungi dal costituire un termine contradittorio ed antitetico del matrimonio, ne costituisce invece il termine correlativo e complementare; imperocchè rappresenta il rimedio estremo di un estremo male; il quale, laddove non siasi potuto con ogni maniera efficace di

(14) V. *Nuova Fase del Diritto Civile* pag. 94 e 95.

sforzi prevenire, non resta, quando siasi di già verificato, che di farne cessare gli effetti disastrosi col rimuovere le cause immanenti produttrici del fenomeno patologico. Come il trionfo della scienza medica odierna emancipatasi dalle teorie metafisiche trascendenti ed aprioristiche va dovuto allo studio accurato delle malattie in rapporto alle cause relative da cui derivano, per applicare in seguito a particolare diagnosi quella terapia che la natura specifica del male coordinato alla sua causa necessariamente richiede, perchè, neutralizzandosi, possa cessare l'azione dissolvente di questa; del pari l'odierno indirizzo positivo delle scienze morali, a misura che si affrancano gradatamente dal dominio dell'apriorismo metafisico, è quello di studiare i fenomeni sociali anche in modo relativo comparativamente alle cause da cui promanano.

Il cristianesimo, prendendo le sue mosse da uno stato di perfezione assoluta, ad esso si sforza di ricondurre gli uomini. *Lex Christi humanum genus ad perfectum adduxit, reducens illud in statum novitatis naturæ.* E, fino a un certo punto, in un momento di suprema esaltazione degli spiriti, riuscì ad idealizzarlo staccandolo dalla terra per lanciarlo dirittamente al cielo; al cielo da cui l'uomo, a guisa di smarrito viandante, si era dipartito per farvi nuovamente ritorno, dopo aver compiuto degnamente la sua faticosa giornata nel breve pellegrinaggio terreno. E d'altro canto le misteriose attrattive del cielo gli fecero dimenticare le necessità, i dolori e le sofferenze della terra, ispirandogli la virtù della rassegnazione e del sagrifizio. Ma la natura compressa riprese via via i suoi diritti negati; e la Chiesa stessa per adattarsi alle condizioni ed alle imperiose leggi dell'ambiente finì col riconoscere in parte quel che aveva prima negato in tutto. Oggi però che gli uomini non attingono che in misura assai scarsa le loro ispirazioni dal cielo non può loro

imporsi forzatamente l' assoluta virtù del sagrifizio e della rassegnazione, senza che si compia un atto di suprema tirannia, se si spingano gli animi, per attenuarne gli effetti, all' esercizio della più raffinata ipocrisia.

Come si spiega, se non colle mutate condizioni della società e dell' ambiente storico in mezzo a cui questa si svolge, la tendenza universale dell' epoca moderna verso il divorzio cui, volente o nolente, sono trascinati fatalmente i legislatori? Ed è notevole che questa tendenza generale dei tempi moderni, comunque la deplori e la condanni, trovasi riconosciuta ed ammessa dallo stesso Gabba, al cui acume non poteva certamente sfuggire un fenomeno di tanto rilievo. Senonchè opposte sono le conseguenze ch' egli deduce dal principio riconosciuto; ed io amo riprodurre quì le sue testuali parole, per dimostrare come non a caso dissento dall' illustre scrittore nella soluzione del vitale problema.

« Vero egli è, scrive il medesimo, che, come poc' anzi notai, la società presente, dominata dall' egoismo e dallo scetticismo, ond'è frutto la dottrina contrattuale della famiglia, del matrimonio e del divorzio, giunse il legislatore a quest'ultima riforma, dove essa ancor non esiste, e ad allargarla sempre più dove essa è già in vigore. Ma, per quanto un popolo sia guasto e decaduto, chi lo governa non deve mai disperar di lui, nè cedere alla irruente corruzione, se non dopo una estrema resistenza, ciò che essa non ha ancora invaso e scompigliato. In realtà non vi ha società civile odierna, per quanto turbata da false dottrine, la quale non abbia ancor molto a discendere sulla mala china, nè quindi non possa venir soffermata e poco alla volta fatta retrocedere. Dall' alto, da una fallace filosofia è principalmente venuto il pervertimento, e di là è ancor possibile che si diparta il rimedio. Se altrimenti fosse, a che si proclamerebbe in quegli stessi paesi dove il divorzio già esiste, la necessità di renderlo

più difficile e meno frequente, scemandone i casi leciti, accrescendone le condizioni, e applicandovi una più cauta procedura? Non è al certo piccolo margine che in tal guisa rimane all'azione legislativa, al miglioramento della società per opera dello Stato. E dovunque il divorzio non è ancora introdotto, un governo saggio e superiore ai partiti può oggi ancor lottare, con probabilità di successo, contro la congiura di scioli perversi e di dottrinarii imprudenti. In nessuno di questi paesi infatti il divorzio apparirebbe oggi ancora alla grande maggioranza dei cittadini altrimenti che come una straordinaria novità; nè la grande meraviglia, di cui sarebbe oggetto da principio, potrebbe venire di poco superata se non al prezzo degli ultimi avanzi del senso morale della nazione. Ella è oggi tanto cosa possibile e doverosa il negare il divorzio là dove se ne reclama l'introduzione, quanto il sottrarlo in qualche parte all'arbitrio dei privati là dove già esso esiste, e quanto, bisogna pur confessarlo, potrebbe essere in taluno di questi ultimi Stati sconsigliata misura il decretarne l'abolizione. Impossibile cosa è soltanto sia dove il divorzio già esiste, sia dove non esiste ancora, il darsi l'aria di governare il popolo, mentre in realtà se ne secondano le peggiori tendenze, e il rappresentare come altrettanti progressi, sopratutto morali, le concessioni che si vanno di mano in mano facendo all'arbitrio individuale a detrimento della santità del matrimonio e della famiglia. Or precisamente in quanto sia oggi ancor possibile il rimuovere il pericolo del divorzio, dove questo non esiste, e lo scemarne i danni dove esso è in vigore, ha senso ed opportunità il discorso de' funesti effetti suoi propri separati e distinti da quelli già insiti nell'indole e nelle condizioni de' tempi in cui viviamo » (15).

---

(15) Gabba, *Il Divorzio nella legislazione italiana* pag. 76 e 77.

Preziosa confessione davvero questa del prof. GABBA! Ma se la tendenza imperiosa ed universale dei tempi moderni è verso il divorzio, come possono i legislatori comprimerla del tutto senza correre il rischio sicuro di restare travolti essi ed i loro sistemi di governo nella corrente alla quale dovrebbero opporre così estrema resistenza? Non è vera sapienza di legislatori questa di respingere *a priori* e ad ogni costo tutte le riforme innovatrici, quando queste rispondono ai bisogni ed alle condizioni mutate della società che son chiamati a governare: la loro sapienza invece consiste nell'accordare a tempo le invocate riforme, collo scopo appunto di contenerle dentro giusti e moderati confini; la qual cosa non è più possibile allorquando, dopo un periodo di forzata compressione, vengono esse strappate per forza di violenta esplosione. Le condizioni sociali possono e debbono i legislatori regolarle e, in certo grado, anche modificarle, non crearle del tutto.

Or il fatto inconcusso ammesso dal Gabba che la *società moderna spinge il legislatore al divorzio dov'esso ancora non esiste e ad allargarlo sempre più dove è già in vigore* costituisce la prova più eloquente che trattasi di un bisogno non isolato e transitorio ma comune e permanente. E il processo stesso seguito nel suo svolgimento — per cui siffatto bisogno si è venuto man mano allargando, ed è stato man mano, sebbene con varii criterii e varia misura, soddisfatto generalmente dai legislatori di Europa che, meno il portoghese, lo spagnuolo e l'italiano ammettono tutti l'istituto del divorzio; serve a confermare mirabilmente come tale riforma sia il prodotto spontaneo e naturale della coscienza moderna, e dell'ambiente storico in mezzo ed in rapporto al quale si è venuta essa formando.

La tendenza imperiosa dei tempi moderni adunque spinge fatalmente i legislatori, anche loro malgrado, alla introduzione

del divorzio in quei paesi dove vige tuttora l' assoluta indissolubilità del matrimonio, perchè alla comunanza di un bisogno internazionale faccia riscontro una legislazione internazionale conforme. Tale fenomeno non isfugge agli avversarii del divorzio. Ond' è che i più abili tra essi, lungi dal fare la quistione astratta di principio, se possa cioè conciliarsi l' istituto del divorzio colla essenza del matrimonio, e giungere quindi alla conseguenza cui giunse il Cenni nel suo lavoro in base a dotte argomentazioni metafisiche, se non teologiche addirittura, che diede al divorzio la qualifica sprezzante d' istituto *contro natura ed antigiuridico;* lo combattono invece dal lato dell' opportunità.

Pel Salandra l' argomentazione capitale contro il divorzio sta in ciò che sia ufficio dello Stato moderno il resistere con ogni sua possa contro l' onda dissolvitrice dell' individualismo. « Salvare dalle sue invasioni, egli scrive, quella parte di diritto che tuttora gli resiste, è il compito supremo dello Stato moderno, è l' ultimo sforzo ch' esso deve tentare prima di abbandonare anche sè medesimo alla corrente travolgitrice, e di rassegnarsi a sperar la salute, non più da un' azione coraggiosa e consapevole della parte più sana della società, ma da una reazione violenta contro il lungo predominio della parte peggiore, ovvero dai rinnovamenti di vita che escono dagli organismi disfatti. Uopo è dunque cercar dove sono questi istituti tuttora integri del diritto, e radunare a loro difesa tutto quello che nella società è possibile rinvenire d' incorrotto e di meno corrotto. Tale è per me la ragione più forte, per la quale dobbiamo resistere, con ogni mezzo, al tentativo di distruggere il diritto di famiglia quale si trova oggi costituito dalle nostre leggi » (16).

Conviene dunque l' autore che la corrente fatale dei tempi

---

(16) SALANDRA, *Il Divorzio in Italia,* pag. 89.

spinge il legislatore all'introduzione del divorzio; e ciò nonostante gli consiglia una resistenza estrema, prima che resti affogato nella corrente travolgitrice, per aspettar la salute, dopo la catastrofe finale, o da una reazione violenta contro il predominio della parte peggiore, ovvero *dai rinnovamenti di vita che escono dagli organismi disfatti.* Questo ragionamento, me lo perdoni l'egregio prof. Salandra, sa d'intransigenza; e deriva dal pregiudizio, pur troppo comune ai conservatori d'ogni tempo, che siano compromessi l'ordine, la sicurezza e l'esistenza stessa della società se debba cessare l'efficacia e l'autorità di quelle istituzioni che l'hanno provvidamente governato per lunga distesa di secoli. E non è senza beneficio questo pregiudizio comune alle classi conservatrici di ogni tempo; giacchè, coll'esagerare i mali ed i pericoli nascenti dal mutare d'istituzioni vetuste, fan sì che si mantengano entro i giusti confini della necessità le ampie riforme vagheggiate dai facili novatori, riguardo ai quali perciò esercitano un ufficio salutare di compenso. Or, quando una riforma è sapientemente contenuta nei giusti limiti della necessità, accade che, mentre da una parte vien soddisfatto un bisogno realmente sentito; non viene, dall'altra, rotto per nulla l'equilibrio e turbata l'armonia nell'organismo sociale; la cui vita perciò, invece di procedere a balzi per continue reazioni e rivoluzioni, procede tranquilla e sicura nella stessa linea per virtù feconda di evoluzione.

Esagerati dunque sono i mali ed i pericoli dell'individualismo irrompente dipinto con sì foschi colori dal Salandra; come non del tutto esatta parmi l'idea da lui ripetutamente manifestata che sia l'istituto del divorzio il prodotto esclusivo e la conseguenza inevitabile dell'istesso individualismo trionfante (17).

---

(17) SALANDRA, *Op. cit.* pag. 82 e segg.

Questa opinione dell' egregio scrittore trova una valida scusa nel fatto che i più tra i fautori del divorzio tanto in Francia quanto in Italia, compresi gli autori dei rispettivi progetti di legge, muovono dal principio ch' esso sia la rivendicazione del diritto individuale conculcato, appunto perchè come il matrimonio, essendo un semplice contratto al pari degli altri, va governato dalle regole contrattuali nella sua formazione, così debb' essere governato dalle identiche regole contrattuali riguardo alla sua dissoluzione. Se questa fosse l' unica ragione giustificatrice del divorzio; e se unicamente sopra la base della volontà individuale dovesse adagiarsi la legislazione matrimoniale per guisachè l' arbitrio irrefrenato degl' individui dovesse costituire la norma e la misura, io mi unirei completamente a lui nel combattere il divorzio come un istituto rovinoso per la famiglia e per la società.

Ma vi ha, oltre di questo, un modo ben più alto d' intendere e di praticare il divorzio, che non è sfuggito alla chiara mente di giureconsulto del prof. Gabba. « Il divorzio, egli scrive, o vien considerato come sanzione dei diritti coniugali e pena dell' infrazione dei medesimi, oppure vien reputato semplice diritto contrattuale, cioè diritto allo scioglimento di un contratto, che non può più essere continuato alle condizioni e cogli effetti, in vista dei quali era stato concluso. Diverse maniere davvero quelle due ed anzi opposte di intendere la medesima istituzione, se si rifletta che nella prima campeggia l' idea e la maestà del dovere, nella seconda invece l' idea del dritto e l' insofferenza del dolore e della infelicità. E, corrispondentemente a quella differenza d' intendimenti, sono anche diverse le condizioni sociali e morali de' popoli, e diversi gli effetti del divorzio sulle medesime. Imperocchè dove, e quando predomina il primo intendimento, la dissoluzione del matrimonio è pena temuta e spaventevole tanto per chi è co-

stretto ad infliggerla, quanto per chi se la merita, laonde entrambi i coniugi pongono ogni studio a prevenirla ed evitarla. Dove e quando invece predomina il secondo intendimento, la dissoluzione del matrimonio non è altro più che una misura di prudenza, un provvedimento di privato interesse, penoso sempre bensì, ma perciò appunto adoperato secondo le individuali convenienze di ciascun coniuge, tanto nel provocarne o allontanarne le occasioni, quanto nel farne uso o nell' astenersene » (18).

Ciò nonostante il Gabba si mostra decisamente avverso all' introduzione del divorzio anche nel primo aspetto; appunto perchè ritiene che i legislatori trovansi, volenti o nolenti, trascinati dalle invincibili necessità dell'ambiente a subire l' ultima, che è la pessima soluzione del problema (19). Per guisachè data siffatta premessa, ne cava logica ed irrefragabile la conseguenza, che debba il legislatore, per ovviare a danni certi ed irreparabili, escludere in qualsiasi modo l' introduzione del divorzio, conservando saldo ed inalterato il regime dell' assoluta indissolubilità (20).

Ma con buona pace dell' illustre scrittore gli è oramai fuori dubbio che il liberalismo vuoto ed astratto della rivoluzione francese trovasi dappertutto in ribasso. E di ciò conviene pure il Salandra, il quale nota opportunamente che tale dottrina, sorpassata di già nelle alte sfere della scienza giuridica e politica, prevale tuttora nel volgo dei giuristi e più dei politicanti, per virtù degl' intimi suoi legami col partito dominante in parecchi stati di Europa (21). Senonchè io credo, che anche nel campo della politica militante vada siffatta dottrina perdendo via

(18) Gabba, *Op. cit.* pag. 58 e 59.
(19) Gabba, *Op. cit.* pag. 71 e segg.
(20) Gabba, *Op. cit.* pag. 76 e segg.
(21) Salandra, *Op. cit.* pag. 82.

via terreno, a misura che scompajono gli ultimi rappresentanti di essa giacchè di nuovi difficilmente ne sorgono in omaggio ai principii di una nuova scienza sociale, che tende a ristabilire l'equilibrio e l'armonia tra i diritti dell'individuo e quelli non meno sacri e più alti dello Stato.

Che i legislatori odierni poi, malgrado non ancora sia cessato del tutto sopra di loro l'influenza delle pure dottrine individualistiche, sentono già di dover obbedire ad una serie più alta e più feconda di principii, per guisa da considerare il divorzio non come l'effetto e l'espressione di un diritto esclusivamente individuale, ma piuttosto come sanzione dei doveri coniugali, ne abbiamo una prova recente nell'ultima legge francese del 27 luglio 1884; la quale, pure ristabilendo il divorzio, nega che possa essere causa di esso il mutuo consenso come già lo era per effetto del Code civil (art. 275 e segg.) scritto sotto l'impulso della famosa rivoluzione. Questo fatto di per sè molto eloquente vale a smentire la maggiore accusa che si muove dagli avversarii del divorzio; i quali, ritenendo che sia esso il prodotto e l'espressione di un esagerato diritto individuale, lo condannano specialmente per ciò che, come logica conseguenza, causa principale del medesimo sarebbe il mutuo consenso. Eliminato il mutuo consenso come causa di divorzio cessa il temuto pericolo che siano la famiglia e il matrimonio esposti ai capricci dell'arbitrio individuale; oltredichè si ha la conferma che a tutt'altri principii attinge i motivi della sua legittimità l'istituto del divorzio (22). Altra prova poi non meno

(22) Scrive il SALANDRA. « Che vale proclamare che l'indissolubilità è l'ideale? Una logica fatale induce i legislatori moderni ad accogliere o a subire il divorzio per *mutuo consenso,* sia o no circondato di cautele più o meno fittizie; e con esso è aperta la via al *più incivile capriccio individuale* ». *Op. cit.* pag. 92 e 93.

efficace nello stesso tempo la porge il progetto ministeriale italiano, in quanto nega provvidamente al coniuge colpevole il diritto di chiedere il divorzio contro il coniuge innocente (art. 3) ed in quanto gli nega eziandio, concorde in questo coll' art. 292 del codice francese, il diritto di contrarre matrimonio col proprio complice (art. 15 del prog.).

Di questa tendenza moderatrice, dimostrata recentemente dai legislatori nell' ordinamento del divorzio, si dolgono già gli avversarii di esso, perchè cade con ciò il capo principale delle accuse che sogliono scagliare contro l' istituto. Con fine accorgimento di polemista il Gabba difatti chiama illogico il legislatore francese del 1884 per non avere ammesso tra le cause del divorzio il *mutuo consenso* ed anche *l' incompatibilità di umore o di carattere* giusta il progetto Naquet del 1876; giacchè, dato che il matrimonio sia un contratto, deve valere anche per esso ciò che vale per tutti i contratti, cui oggetto sono personali prestazioni, cioè che ogni contraente può ritrarsene come e quando crede, purchè paghi *l' id quod interest* a chi ne risente danno (23). « Per quale ragione, soggiunge, non ammetterà il divorzio consensuale, chi proclama essere il matrimonio, non una istituzione sociale, ma un contratto? » (24). La ragione è subito detta: gli è che i legislatori di oggi non ammettono, come quelli di altri tempi usciti dalla rivoluzione francese, o educati alla scuola di Tomasio e di Kant, che il matrimonio sia un semplice contratto al pari degli altri dove, come la volontà delle parti contraenti è libera nel costituirli, si mostra del pari libera nel regolarli e dissolverli quando e sempre che crede: *nil tam naturale quam id eo modo dissolvere quo colligatum est.*

---

(23) Gabba, *Op. cit.* pag. 142 e 143.
(24) Gabba, *ibid.* pag. 148.

Dato pure che il matrimonio sia un contratto — e lo è difatti perchè dipende dal consenso libero degli sposi la costituzione di esso — non bisogna tuttavia dimenticare che il medesimo è un contratto *sui generis* di natura eminentemente complessa; giacchè, sintesi di elementi personali e di elementi sociali, mentre, avuto riguardo all'interesse particolare degli sposi, rientra nella sfera del diritto privato, avuto riguardo all' interesse generale della società rientra benanche nella sfera del diritto pubblico. La natura generica di contratto nel matrimonio importa, che dipenda dalla libera volontà degli sposi il metterlo o no in essere, e che non possa diversamente, in mancanza di consenso degli sposi, originarsi. L' indole specifica di contratto sociale o famigliare poi — ordinato a compiere la funzione altamente complessa d' integrare la persona degli sposi, e di provvedere nel miglior modo alla riproduzione materiale ed alla educazione morale della specie, secondo la forma elevata di sviluppo raggiunto dall'organismo della società moderna —; importa che siano stabilite dall' immutabile autorità della legge le condizioni e le norme relative alla costituzione, al mantenimento ed alla dissoluzione del vincolo famigliare (25). Il matrimonio quindi, se è convenzione individuale avuto riguardo alla causa libera da cui promana, costituisce al tempo istesso una vera e propria funzione sociale; in quanto le volontà concordi degli sposi, nell' atto che si determinano per appagare i propri bisogni personali, servono ad appagare coscientemente altresì un imperioso bisogno e concorrono a soddisfare un altissimo interesse sociale (26).

---

(25) V. Cimbali, *La Nuova Fase del Diritto Civile* pag. 91 e 92.
(26) V. Cimbali, *Op. cit.* pag. 83 e segg.

PARTE SECONDA

STUDI DI GIURISPRUDENZA

I

La forza probante del testamento olografo

Memoria legale in difesa degli eredi Tirendi
contro Fiorini innanzi alla Corte d' Appello di Catania.

ARGOMENTO DELLA LITE

Gli è per invocare legittima riparazione contro una sentenza pronunziata dal Tribunale civile di Catania, dove non si sa se sia maggiore la leggerezza o l'arbitrio, tanta è l'ingiustizia commessa, che vengono fiduciosi dinanzi a questa Eccellentissima Corte di appello i signori Tirendi. E l'invocata riparazione non potrà loro mancare laddove questo Collegio superiore vorrà, come sempre, attingere i motivi e le ispirazioni del suo pronunziato dall'autorità suprema della legge, nonchè dai principii più elementari di moralità e di giustizia.

Trattasi che i signori Tirendi, sulla base di un *testamento olografo* regolarmente depositato presso notaro, col quale sono istituiti eredi universali, convenivano dinanzi al Tribunale il signor Pietro Fiorini, perchè rilasciasse il possesso dei beni onde si compone l'eredità del defunto Sac. Tirendi, dal Fiorini detenuti in base a precedente testamento olografo nella sedicente qualità di erede fiduciario. E il Tribunale, senza tener conto che il testamento olografo regolarmente depositato presso notaro assume la qualità e il valore di atto autentico; senza ordinarne almeno la verifica come si chiedeva dagli istanti, o prendere in ogni caso visione dei due testamenti originali, per assicurarsi,

dal loro confronto, se fossero entrambi ugualmente opera del testatore; fondandosi su argomentazioni astratte, inconcludenti, aprioristiche ed assolutamente destituite di qualsiasi serietà giuridica, ebbe a sentenziare che la scrittura del testamento fosse addirittura *apocrifa*.

È questo l'argomento della lite, questo il pronunziato del Tribunale. Basta la semplice enunciazione, perchè balzi subito agli occhi quanto numerosi siano gli errori commessi, gravissima l'ingiustizia consumata.

La Corte di appello non vorrà certamente lasciare irreparata siffatta decisione; ed in questa fiducia passiamo a richiamare brevemente i dati di

FATTO

Il 16 Settembre 1880, moriva in Bronte il Sac. Francesco Tirendi, lasciando un testamento olografo con data 17 Gennajo 1880, che aveva consegnato in custodia al Sacerdote Antonino Fiorini. Questi, seguìta la morte del testatore, passò a depositarlo, come per legge, presso il Notar Luigi Pace. I termini di siffatto testamento erano i seguenti:

« *Catania li 17 Gennajo dell'anno 1880.* Io infrascritto Sac.
« Francesco Tirendi del fu Francesco e della defunta signora
« Maria Luca, domiciliato e residente in Bronte, oggi in Catania
« per la piacevolezza del clima, prevedendo i casi futuri, e i
« disturbi che sogliono avvenire nelle successioni all'eredità, sano
« di mente e di corpo, a scanso di ogni inconveniente, di tutti i
« miei beni urbani e rusticani, mobili, mobilio e semoventi, diritti,
« crediti, pretese e tutt'altro che in ogni modo mi possa appar-
« tenere, ne dispongo col mio presente olografo testamento.

« Lego a donna Marchiona Spedalieri Sanfilippo del fu No-

« taro Don Ignazio, in usufrutto e proprietà tomoli otto terre
« ortalizie con tutti gli alberi d'olivo e di altra specie in esse
« esistenti nel territorio di Bronte, contrada Cantera, confinanti
« con terre e vigne di Antonino Minissale Trippili, con Don Ber-
« nardo Meli Copani, Saja d'acqua della pubblica strada ed altri.
« Più lego tomoli sei e mondello uno frumento rendale annuo
« dovutomi da Anna Maria Sofia e consorti sopra le terre al
« Corvo; rimetto alla suddetta signora Spedalieri l'importo di
« salme undici frumento di cui mi era debitore il fu suo fratello
« Don Giuseppe come depositario contro il Barone Meli; dippiù le
« ho lasciato altre onze venti ritornandole la scritta debitoria
« del detto fu suo fratello, di cui donna Marchiona è erede. Vale
« questa mia elargizione per la grande affezione ed attaccamento
« con cui la detta signora Spedalieri ha assistito me ed i miei
« genitori, come pure mia sorella Donna Carmela nelle nostre
« rispettive infermità.

« A miglior andamento delle cose ed alla mia serenità eliggo
« *a mio esecutore testamentario* il mio prediletto sacerdote Don
« Antonino Fiorini Meli del fu signor Don Giuseppe, *a cui com-
« metto e delego tutte le facoltà di poter esigere e sorvegliare*
« sovra tutti i fondi come sopra enumerati tutto includendo, niente
« escludendo. *Duratura* tale *commissione e delega* fintantochè
« talune delle mie nipoti e parenti giustificheranno al suddetto
« Sac. Fiorini nel nome quali siano i fondi e le rate di roba,
« ch'io, con loro danno e perdita, m'abbia usufruito: falso sup-
« posto, che m'impedisce prontamente di fare quelle elargizioni
« che vorrei, dalle quali assolutamente escluderà chi ardirebbe
« ricorrere all'autorità giudiziaria. In corso di mia vita darò
« all'amato Sac. Fiorini *nel nome* tutte le carte che riguardano
« i mie' interessi, con la prescrizione su di che dovrà impiegarsi
« il raccolto.

« Seguìta la mia morte voglio, che dal suddetto Sac. Fiorini « si dessero a' poveri in elemosina onze cinquanta nel modo che « a lui piacerà distribuirle. Voglio pure che, per un anno un « mese ed un giorno dopo la mia morte, si tenesse chiusa la casa « di mia abitazione in Bronte sotto e sopra con tutte le sue offi- « cine, a solo uso e guardia della suddetta Donna Marchiona « Spedalieri, a cui il Sac. Fiorini consegnerà il tutto per essergli « poi consegnato.

« Il presente, scritto per intiero di mio proprio carattere e « datato come sopra il giorno 17 gennaio mille ottocento ottanta, « è il mio testamento olografo da eseguirsi.

« *Sac.* FRANCESCO TIRENDI-LUCA, *Testatore* ».

Mancando in siffatto testamento qualunque istituzione di erede, che il testatore dichiarava espressamente, per i motivi nel medesimo accennati, di non aver fatto e che si riservava di fare in seguito, gli appellanti signori Tirendi, in concorso degli altri congiunti chiamati per legge alla successione legittima del defunto, con atto del 16 e 22 maggio 1881, convenivano dinanzi a questo Tribunale Civile il predetto Sac. Fiorini e l' altra coerede Grazia Caruso, all' effetto: di sentir dichiarare aperta in loro favore *la successione intestata* del defunto comune zio Sacerdote Tirendi; di procedere, nella misura di legge, alla divisione dell' eredità; e di sentir condannare il signor Fiorini, nella sua qualità di esecutore testamentario, al rilascio del possesso di tutti i beni della successione, nonchè al rendiconto dei frutti percetti e percepibili. Chiedevano infine che, durante le more del giudizio, fosse nominato un agente giudiziario per amministrare i beni della successione.

Venuta la causa all' udienza del Tribunale, il sig. Fiorini nella sua comparsa conclusionale, sostenne ch' egli per virtù del

testamento olografo del 17 gennaio 1880, comunque con *locuzioni e parole improprie,* fosse istituito *erede fiduciario* del defunto Sacerdote Tirendi e che come tale dovesse raccogliere lui l'eredità, salvo a fare quelle largizioni di cui era stato incaricato *oretenus* dal testatore. Siffatta eccezione trovò accoglienza presso il Tribunale; ond'è che, con pronunziato del 12 settembre 1881, rigettando l'istanza dei signori Tirendi, riconobbe la qualità di *erede fiduciario* nel signor Fiorini, e condannò gli attori alle spese del giudizio.

Contro tale sentenza proposero appello i signori Tirendi, con atto del 14 novembre 1881, dinanzi a questa Eccellentissima Corte. E la Corte, con sentenza preparatoria del 4 agosto 1882, prima di provvedere sul merito della causa, ordinò che fosse prodotto dagli appellanti atto formale di rinunzia alla facoltà di compiere, davanti al sacerdote Fiorini, la giustificazione di cui era parola nel suddetto testamento del 17 gennajo 1880.

Al che avendo adempiuto i signori Tirendi, tornò la causa all'udienza della Corte; la quale, con sentenza definitiva del 22 dicembre 1882, prendendo atto di talune dichiarazioni fatte, nella sua comparsa conclusionale, dal signor Fiorini riguardanti certi assegni a favore di qualcuno dei prossimi congiunti, confermava la sentenza di primo grado e condannava gli appellanti alle spese tutte del giudizio.

Avverso siffatta sentenza fu proposto ricorso in Cassazione con atto del 30 maggio 1883.

Avvenne nel frattempo che i signori Tirendi conobbero come, mediante verbale dell'8 aprile 1884, il Notar Nunzio Leanza di Bronte pubblicava già un altro testamento olografo di data posteriore al primo cioè del 10 agosto 1880, in seguito ad esibizione e a legale deposito fattogliene dal Pretore del Mandamento di Bronte. Questo secondo testamento è del seguente tenore:

« L'anno Mille ottocento ottanta li dieci agosto in Bronte.

« Io infrascritto trovandomi sano di corpo e di mente scrivo « le mie testamentarie disposizioni del tenore seguente:

« Primieramente come fedele cristiano raccomando l'anima « mia al Sommo ed immortale Dio, alla Beata Vergine ed ai « SS. Pietro e Paolo, perchè la ricevano in pieno stato di grazia.

« Istituisco per miei EREDI UNIVERSALI sopra TUTTI i beni « miei, urbani, rusticani, mobili, mobilia, semoventi, diritti, crediti, « pretese e tutt' altro che in ogni modo mi possa appartenere, le « mie nipoti Anna e Nunzia Tirendi del fu Vincenzo mio fratello, « la prima moglie ad Antonino Minissale, e la seconda vedova del « fu Gaetano Portaro, ed i miei nipoti Vincenzo e Nunzia Tirendi « del fu Francesco, cui essi rappresentano.

« Lego avanti parte alle dette mie nipoti Anna e Nunzia « Tirendi la mia tenuta Roccaro in territorio di Maletto con tutte « le vigne in essa esistenti, confinante con Don Antonino Putrino « e viottolo, con D. Giuseppe Palermo ed erede di Giuseppe « Schilirò inteso Giacinto. Più lego loro salma una terra seminato- « riale in contrada S. Venera territorio di Maletto confinante con « strada e Chiesa del Carmelo, con Antonino Spadafora ed altri.

« Lego e lascio a Vincenzo Tirendi del fu Giuseppe onze « quattrocento da prelevarsi da tutto l' asse mio ereditario. Lego « a Donna Marchiona Spedalieri del fu Notaro Ignazio in usu- « frutto tomuli otto terre ortalizie con tutti gli alberi esistenti « in essa contrada Cantera di questo territorio, confinante con « terre e vigne di Antonino Minissale, con Bernardo Meli Copani, « Saja d' acqua della pubblica strada ed altri. Avveratasi la di « costei morte, voglio che le dette terre ritornino a' miei eredi « universali.

« Voglio che dopo un anno della seguita mia morte venisse « aperta la mia successione. Durante tale tempo i miei beni sa-

« ranno amministrati dal Sacerdote D. Antonino Fiorini Meli del
« fu D. Giuseppe mio esecutore testamentario, già lasciato in tale
« qualità con mie disposizioni del 17 Gennajo 1880, il quale resta
« tenuto a dare conto della tenuta gestione a' suddetti miei eredi
« universali.

« Revoco qualunque altra mia precedente disposizione testa-
« mentaria, e voglio che le presenti, scritte per intero di mio
« proprio carattere datate come sopra li 10 Agosto 1880 abbiano
« ad avere la loro piena esecuzione.

« *Sac.* FRANCESCO TIRENDI-LUCA *testatore.* »

In base a siffatto testamento, la signora Anna e Nunzia sorelle Tirendi del fu Vincenzo, Antonino Minissale marito autorizzante detta signora Anna, nonchè Vincenzo e Nunzia Tirendi del fu Francesco, domiciliati in Bronte, nella qualità di eredi universali istituiti col testamento medesimo, citavano, con atti del 20 e 29 maggio 1884, il sig. Pietro Fiorini nella qualità di unico erede universale del defunto fratello Sac. Antonino Fiorini dinanzi a questo Tribunale civile, chiedendo:

1°) che fosse dichiarata aperta in loro favore la successione testamentaria del defunto Sacerdote Francesco Tirendi, giusta i termini espliciti del testamento olografo 10 agosto 1880;

2°) che fosse condannato il sig. Pietro Fiorini alla restituzione de' frutti percetti e percepibili durante le more del giudizio, previo rendiconto ne' modi di legge e previa una penale di lire diecimila esigibili anche a titolo di danni ed interessi;

3°) che, durante le more del novello giudizio, fosse nominato agente giudiziario il signor Vincenzo Castiglione mandatario degli istanti, od altra persona ugualmente proba ed onesta;

4°) che fosse, condannato il sig. Fiorini alle spese tutte del giudizio.

Il Tribunale pertanto, calpestando i principii più elementari di moralità e di giustizia, emetteva il seguente pronunziato in data del 16 luglio 1884:

« *In diritto*

« Osserva che l'invio di un originale testamento olografo « da un paese ad un altro per via di posta da persona ignota, « la raccomandazione postale è un fatto strano; e che il modo, « il tempo, il luogo, il mezzo, col quale dalle mani del testatore « passò in quelle di chi spedì, è profondo mistero.

« Sono scorsi quattro lunghi anni dalla morte del testatore, « è avvenuto un lungo giudizio in base alle disposizioni olografe « del 17 gennajo 1880, il Tribunale e la Corte riconobbero la « istituzione a favore di Fiorini, un ricorso in Cassazione pende « indeciso, quando si fa avanti un nuovo testamento. Esso, con « evidenza ineluttabile, spiegando il primo testamento, nega al « Fiorini quello che il pronunziato di 1ª e di 2ª istanza avea « dichiarato; anche questo è fola!

« Il testatore assume non solo la chiarezza di locuzione, ma « un sano criterio giuridico con la istruzione della questione sollevatasi « nel dispendioso giudizio.

« Un concorso di fatti così eccezionali accerta fin da ora che « il testamento non proviene nè poteva provenire dal Sac. Tirendi; « e, senza il concorso della materiale verificazione del carattere, « mezzo per altro pericoloso e dubbio, il Collegio ne trae l'intimo « convincimento che la scrittura è APOCRIFA.

« Si chiede anche una prova testimoniale, ma non si è proposto « su quali fatti specificatamente debba versarsi, lo che, « oltrechè urta col disposto dell'art. 229 proc. civ., avvalora il « concetto del Collegio, cioè che il mistero nel quale si ravvolge « la origine del voluto testamento non si osa disvelare, nè si è

« creduto accennare anche alla lontana un plausibile motivo che
« giustifichi la singolarità delle circostanze, che discreditano la
« scrittura, e formano la prova dell' APOCRIFITÀ.

« Le spese a carico di chi soccombe.

« Il Tribunale, pronunziando sulle domande spiegate dagli
« attori cogli atti del 20 e 29 Magio 1884, dà atto al sig. Pietro
« Fiorini della dichiarazione di non riconoscenza del testamento
« olografo 10 Agosto 1880 del Sac. Francesco Tirendi, dice
« APOCRIFA detta scrittura e conseguentemente rigetta la do-
« manda degli attori signori Tirendi, che condanna alle spese del
« presente giudizio in favore del Fiorini. »

Basta la semplice lettura, perchè si scorgano a prima giunta gli errori molteplici ed eccezionalmente gravi, onde trovasi viziata siffatta sentenza. É per ciò che avverso la medesima proposero gravame dinanzi a questa Corte di Appello, con atto del 25 ottobre 1884, i signori Tirendi fiduciosi di ottenere la giusta riparazione contro un pronunziato che ha tutti i caratteri dell' arbitrio e della denegata giustizia.

Voglia esserci benigna di attenzione la Corte Eccellentissima: ne abbiamo bisogno. La sentenza contro la quale invochiamo, con tutte le posse dell' anima profondamente convinta, l' opera sua riparatrice, è tale che neanche ha saputo far salve le semplici apparenze della legalità.

DIRITTO

I.

Termini della contestazione

Premesse queste indispensabili nozioni di fatto, si delineano in modo assai chiaro e preciso i termini della presente contestazione. Abbiamo dinanzi due testamenti olografi del defunto Sac.

Francesco Tirendi: l' uno anteriore di data del 17 gennaro 1880, depositato, a termini di legge, presso il notajo Luigi Pace; l' altro, posteriore di data, del 10 agosto 1880, depositato, con pari regolarità presso il notajo Nunzio Leanza.

Il primo, per effetto del deposito legale avvenuto presso notajo, ricevette la sua piena efficacia ed esecuzione giuridica riguardo a tutti, compresi gli eredi chiamati dalla legge alla successione intestata del defunto. La quistione si è agitata soltanto, e vivissima, tra i medesimi ed il sig. Fiorini circa il merito e il contenuto di esso; per sapere cioè se il predetto testamento contenesse istituzione di erede agli effetti di dar luogo alla successione testamentaria, ovvero, non contenendone alcuna, desse luogo invece, salve disposizioni particolari che per avventura comprendesse, all' apertura della successione intestata. Qualunque sia stato però il pronunziato di questa Corte di Appello sull' ardua controversia, che implicava una delle più eleganti quistioni di diritto, trattandosi di sapere se siano o no ammesse dal patrio legislatore le istituzioni *fiduciarie,* ed in qual modo possano riputarsi esse valide; e quantunque d' altro canto non ancora sia stata detta l' ultima parola in proposito, pendendo tuttora ricorso in Cassazione; certo è però che può dirsi del tutto cessata la ragione del contendere di fronte alla esistenza di un nuovo testamento, posteriore di data.

Per effetto del nuovo testamento *olografo* posteriore di data, viene di diritto, nonché per espressa volontà del testatore, ad essere rivocato completamente il primo, riguardo a cui è stata così aspra contesa; meno in ciò che non si trovi, per avventura, contrario ed incompatibile colle disposizioni nel medesimo contenute (art. 916 e segg., cod civile). Ma vi ha dippiù — ed è questo inopportunamente il *tema* precipuo dell' attuale controversia, mentre dovrebbe costituirne invece la *diga* insuperabile, finchè

non fosse distrutta, mediante una prova evidentissima contraria, la *presunzione* solenne creata dalla legge — che cioè il nuovo testamento *olografo,* trovandosi regolarmente depositato presso notajo, fa piena fede; e, come tale, dee ricevere la sua piena esecuzione, al pari del primo, salvochè e sino a che non sia provato dal sig. Fiorini nei modi di legge, che la scrittura di esso non è l' opera del testatore.

II.

Il testamento olografo, legalmente depositato presso notajo, è un atto solenne sui generis a favore di cui milita la presunzione della verità sino a prova contraria.

§ 1.°

A) *Esame della disposizione contenuta nell' art. 914 del codice civile.*

Costa in fatto e non è menomamente oppugnato dalla parte contraria, che il secondo testamento olografo del Sac. Tirendi - 10 agosto 1880 - osservate scrupolosamente le prescrizioni e le formalità di legge, venne, alla presenza del pretore di Bronte e dei due testimoni di rito, depositato regolarmente presso il notajo Nunzio Leanza, stendendosene apposito verbale, il giorno 8 di aprile 1884. Trattasi quindi soltanto di determinare il *valore giuridico* e la *forza probatoria* che acquista il testamento olografo, in seguito e per effetto del regolare deposito, mediante l' intervento del pretore e la presenza dei due testimoni, fatto presso il pubblico notajo. Ma su di ciò non è luogo a sofisticare, giacchè la quistione trovasi risoluta testualmente dalla chiara e formale disposizione dell' art. 914 che si esprime precisamente nei seguenti termini:

« *Adempite le formalità* stabilite dai due precedenti articoli,
« il *testamento olografo* AVRÀ LA SUA ESECUZIONE, salvi i
« provvedimenti conservativi che l'autorità giudiziaria, davanti la
« quale fosse impugnato il testamento, o il pretore, nell' atto del
« deposito, in via di urgenza, credesse di dare a cautela degl'in-
« teressati ».

Questa testuale disposizione legislativa è troppo esplicita, perchè non debba sorgere alcun dubbio intorno al significato ed al valore giuridico della medesima. Una volta che il legislatore dichiara formalmente che il testamento olografo, legalmente depositato presso notajo alla presenza del pretore e di due testimoni, *avrà la sua esecuzione, salvi i provvedimenti conservativi che l' autorità giudiziaria davanti a cui fosse impugnato il testamento, o il pretore nell' atto del deposito, in via di urgenza credesse di dare a cautela degl' interessati;* ciò vuol dire che il testamento olografo, per effetto del deposito presso un pubblico uffiziale qual' è il notajo, eseguito alla presenza e coll' intervento del magistrato, riceve il suggello dell' autorità, e come tale acquista la presunzione di verità.

Senza che fosse accompagnato dalla presunzione di verità, in seguito e per effetto del deposito legale, non potrebbe il testamento olografo *avere esecuzione;* giacchè non può dirsi *esecutivo* un atto, per l' efficacia giuridica del quale occorre l' adempimento di qualsiasi altra formalità oltre di quelle già prima compiute. Nè sarebbe inoltre, sotto diverso aspetto, in alcun modo spiegabile la disposizione dell' art. 914 che autorizza tassativamente l' autorità giudiziaria presso cui viene il testamento olografo impugnato o il pretore nell' atto stesso del deposito a dare, nel caso di contestazione, dei provvedimenti conservativi a cautela degl' interessati; se il testamento olografo, in seguito e per effetto del legale deposito, non ricevesse, come atto accompagnato dalla presunzione

di verità, la sua piena esecuzione, ma occorresse invece, del pari che per le semplici scritture private, (art. 1320 e segg. Cod. civ.) la condizione del riconoscimento.

La legge richiede soltanto come condizione *sine qua non* il deposito legale presso notajo; ma, adempita siffatta formalità, dichiara *esecutivo* il testamento olografo (art. 914). Segno certo questo che non occorre la condizione del riconoscimento, perchè il medesimo abbia efficacia. L'efficacia giuridica il testamento olografo l'acquista *ipso jure* col fatto e in conseguenza del *deposito*. Ciò tanto più si palesa evidente in quanto la legge stessa, colla medesima disposizione dell'art. 915, dà facoltà all'autorità giudiziaria presso la quale il testamento olografo è impugnato, ed anche al pretore nell'atto del deposito, di ordinare dei provvedimenti conservativi a cautela degl'interessati. Ora questi provvedimenti conservativi hanno appunto lo scopo di neutralizzare gli effetti della *esecutorietà* che derivano *ipso jure* dal fatto del deposito legale presso notajo; e sarebbero i medesimi, oltrechè inutili, completamente assurdi laddove, per l'efficacia giuridica del testamento olografo, fosse richiesta la condizione del riconoscimento da parte delle persone interessate, contro di cui esso dispiega la sua efficacia esecutiva. Inutili, perchè sarebbero tali provvedimenti un dippiù mancante di qualunque importanza e valore pratico, una volta che l'erede scritto nel testamento olografo, senza che preceda il riconoscimento degli eredi chiamati per legge, nonchè di quelli istituiti per testamento anteriore rivocati mediante l'olografo posteriore, non avrebbe titolo legale valido per acquistare *ipso jure* il possesso ereditario, giusta la disposizione dell'art. 925, nè compiere validamente alcun atto di erede. Assurdi poi, perchè implicherebbe contraddizione in termini la nessuna efficacia giuridica del testamento olografo per fatto solo del deposito senza del riconoscimento, colla facoltà conferita

dalla legge al magistrato di ordinare provvedimenti conservativi a cautela degli interessati; una volta che questi ultimi nessun danno verrebbero a soffrire per effetto del testamento olografo, prima che già lo avessero riconosciuto, ovvero il medesimo fosse giudizialmente verificato nei modi e le forme richieste per la semplice privata scrittura (art. 1320 e segg.).

Poichè adunque da un canto il legislatore dichiara formalmente nell' art. 914, che il testamento olografo *avrà la sua esecuzione,* non appena trovansi adempite le formalità prescritte relativamente al deposito; e poichè dall' altro autorizza il magistrato ad emettere provvedimenti conservativi a cautela degli interessati; emerge logica ed inevitabile la conseguenza che il concetto del legislatore sia precisamente quello di attribuire la presunzione della verità al testamento olografo depositato, perchè possa il medesimo avere la sua esecuzione. Siffatta esecutorietà, riconosciuta formalmente dalla legge nel testamento olografo depositato, non è che la conseguenza immediata della presunzione di verità al medesimo attribuita in seguito e per effetto del deposito legale. E poichè la presunzione legale di verità dura sempre finchè non sia provato il contrario, il legislatore sapiente, nello scopo appunto di neutralizzarne gli effetti, autorizza il magistrato ad emettere provvedimenti conservativi. Questi provvedimenti conservativi in tanto possono avere un significato giuridico ed un risultato pratico, in quanto, per effetto del deposito regolare, viene a militare in favore del testamento olografo depositato la presunzione legale di verità che lo renda esecutivo *ipso jure.*

B) *Perchè a favore del testamento olografo legalmente depositato milita la presunzione di verità.*

Ma vi ha di più ancora. La disposizione dell' articolo 914, il cui testo è troppo esplicito per chiudere l' adito a qualunque

dubbiezza, non è che l'espressione immediata e la conseguenza logica di un principio superiore, al quale si collega essenzialmente la natura giuridica del testamento olografo, così riguardo alla sua formazione come riguardo agli effetti giuridici che ne derivano. Il testamento olografo depositato, in altri termini, se non può dirsi propriamente *atto pubblico* perchè non ricevuto da notajo o da altro pubblico uffiziale (art. 1315 e 777 codice civile), non può dirsi neanche una semplice *scrittura privata,* alla quale da taluni viene improvvidamente equiparata. Costituisce invece un *atto autentico,* forma giuridica intermedia fra l'atto pubblico e la scrittura privata propriamente tale. Ed è per causa della confusione, comunemente fatta, tra l'atto *pubblico* e l'atto *autentico,* forme giuridiche distinte, che si qualifica bene spesso il testamento olografo come una semplice scrittura privata. Nè a torto, dato che vi fosse identità fra l'atto pubblico e l'atto autentico; giacchè tutti quegli atti che non possono dirsi *pubblici,* appunto perchè non ricevuti da notajo o da altro pubblico uffiziale, dovrebbero per necessità entrare nella categoria delle semplici scritture private. Ma precisamente in questo sta l'errore. Si hanno atti *autentici* che non sono mica *pubblici* al pari di quelli ricevuti da notajo; ma non per ciò i medesimi possono entrare nella categoria delle *scritture private,* giacchè differiscono da queste per un complesso di formalità e di condizioni giuridiche che riguardo ad esse non si riscontrano, né si richiedono punto dalla legge. Nell'atto autentico vi ha di meno dell'atto pubblico, ma vi ha più della scrittura privata: meno del primo, perchè manca l'intervento del pubblico uffiziale che lo riceva direttamente; più della seconda, perchè si ha un complesso di formalità e di condizioni giuridiche che nella scrittura privata non si riscontrano, nè sono richieste.

Or appunto perchè si riscontrano e sono tassativamente ri-

chieste sotto pena di nullità (art. 804 Cod. civ:) dalla legge pel testamento olografo, prima e dopo la sua formazione, un complesso di formalità e di condizioni che mancano del tutto nella semplice scrittura privata, assume il medesimo la natura e il carattere giuridico di atto *autentico,* da cui deriva, per logica conseguenza, la *presunzione di verità* sino a prova contraria; e la *esecutorietà* di pieno diritto, salvo i provvedimenti conservativi che l' autorità giudiziaria competente credesse di ordinare a cautela degl' interessati, giusta il disposto formale dell' articolo 914. Questi principii, cui non si è posto mente abbastanza, emergono inconcussi da tutto il sistema delle disposizioni legislative.

Riguardo alla scrittura privata, di fatti, valga essa *ad solemnitatem* ovvero *ad probationem tantum,* non sono richieste mai dalla legge formalità e condizioni essenziali per la sua giuridica costituzione. L'unica formalità essenziale richiesta dalla legge, perchè faccia essa fede e, con maggior ragione, perché sia valida, è la *firma* o *sottoscrizione* delle persone obbligate. Ciò risulta implicitamente da chiare disposizioni di legge (art. 1320 e 1316 cod. civ.), nonchè dalle parole testuali della *Relazione Pisanelli (Rel. al III libro* del Cod. civile); ed è insegnato concordemente dalla dottrina e dalla giurisprudenza (MERLIN, *Répertoire,* alla parola *Signature* § 1 n. 8; LAROMBIERE, *Theorie et pratique des obligations,* vol IV art. 1325, n. 1; DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon,* VI, n. 855 e seg.; AUBRY e RAU, *Cours de droit civil,* VIII, § 756 pag. 220; LAURENT, *Principes de droit civil.,* XIX, n. 196; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni,* 2 ediz., I, 318; *Cassazione di Napoli,* 12 marzo 1870, V. *Legge* vol. X, parte 1, pag. 617; *Cassazione di Roma,* 26 aprile 1877 - *Monitore dei Tribunali di Milano,* an. 1877 pag. 465; *Corte di Appello di Napoli,* 30 gennaio 1880 - *Foro italiano,* a. 1880 P. I, pag. 548; *Corte di Appello di Roma* 28 maggio 1880 - *Foro it.*

ibid., 842; *Cassazione di Torino,* 29 ottobre 1883 — *Gazzetta del procuratore,* XX, 1126).

Dato che soltanto la *sottoscrizione* delle persone obbligate richiede la legge per la esistenza ed efficacia giuridica della scrittura privata, riesce del tutto indifferente che il contenuto della medesima sia scritto dal sottoscrittore o da uno dei sottoscrittori nel caso di convenzioni bilaterali, ovvero da persona del tutto estranea alla convenzione ed alla obbligazione costituita. Una sola eccezione fa espressamente la legge, quando trattasi di promessa unilaterale avente per oggetto una somma di denaro ovvero una cosa valutata in quantità; nel qual caso richiede che la promessa debba *essere scritta per intero di mano di chi la sottoscrive,* o che almeno il sottoscrittore aggiunga di propria mano un *buono* ed *approvato* indicante in lettere per disteso la somma o la quantità della cosa (art. 1325 Cod. Civ.) E l' eccezione conferma la regola oltre quest' unico caso enunciato tassativamente dalla legge: *exceptio firmat regulam in casibus non exceptis.*

Vi ha di più, anzi. Dato che quest' unica è l' eccezione stabilita dal legislatore e che nel resto serba egli strettissimo silenzio, si conviene universalmente dalla dottrina e dalla giurisprudenza che sia valida, per gli effetti di legge, la sottoscrizione rilasciata in *bianco;* in un foglio cioè dove non ancora è distesa la convenzione, che il sottoscrittore lascia nella facoltà della persona, cui è consegnato il foglio firmato in bianco, di stendere a suo talento. (Toullier, *Droit civil francais* n. 265; Demolombe, VI 35 segg.; Aubry e Rau, VIII § 756, nota 5; Laurent; XIX, n. 201; Giorgi, I, 320; *Cassazione di Palermo,* 19 novembre 1880. — *Circolo giuridico,* anno 1881, p. 177).

Oltre la semplice sottoscrizione della persona obbligata, quindi, nessun' altra condizione o formalità di sorta vien richiesta dalla legge per la esistenza ed efficacia giuridica della scrittura privata.

Come, d' altro canto, data la sottoscrizione, riesce del tutto indifferente, per gli effetti di legge, che il testo dell' atto sia stato scritto dal medesimo sottoscrittore, ovvero da persona estranea, ovvero anche dalla persona cui venne rilasciato il foglio colla firma in bianco; considerandosi dal legislatore, in qualunque di questi tre casi, perfettamente uguale il valore giuridico della scrittura privata. Assoluta di fatti e perentoria sul riguardo è la disposizione dell' articolo 1321, che suona precisamente in questi termini: « Quegli contro cui si produce un atto privato, è tenuto « a riconoscere o negare formalmente il proprio *carattere* o la « propria *sottoscrizione*. — I suoi eredi ed aventi causa possono « limitarsi a dichiarare di non conoscere il *carattere* o la *sotto-* « *scrizione* del loro autore. »

A complemento di essa rincalza la disposizione del successivo articolo 1322:

« Quando la parte nega il proprio *carattere* o la propria « *sottoscrizione*, e quando i suoi eredi e aventi causa dichiarano « di non *conoscerla*, se ne ordina la *verifica giudiziale*. »

Fuori dubbio il legislatore, adoperando meditatamente in modo disgiuntivo le parole *carattere* o *sottoscrizione*, prevede tanto il caso in cui l' atto privato sia scritto e sottoscritto, quanto quello in cui sia l' atto semplicemente sottoscritto dalla persona obbligata. E tanto nell' uno quanto nell' altro caso, perfettamente identico è il valore giuridico e probatorio della scrittura privata: essa non produce nessuno effetto, nè si reputa vera senza che sia riconosciuta e prima che sia riconosciuta dalla parte contro cui si produce, ovvero senza che si abbia per riconosciuta legalmente (articolo 1323), o sia verificata giudizialmente (articolo 1322). Solo il riconoscimento spontaneo, legale o giudiziale imprime ad essa valore probatorio, e la rende suscettiva di produrre gli effetti giuridici, per i quali è stata costituita (articolo 1320).

Essenzialmente diverso si porge tutto il complesso e il tenore delle disposizioni legislative che regolano la materia speciale del testamento olografo, perchè derivi logica ed inconcussa la conseguenza che nulla vi ha di comune fra i due istituti; e che sostanzialmente diversi quindi sono gli effetti cui l' uno e l' altro dànno luogo, come sostanzialmente diverse sono le condizioni che, per la esistenza giuridica di ciascuno di essi, vengono richieste.

Il testamento olografo, è vero, costituisce un atto privato, perchè opera esclusiva del testatore, senza intervento di pubblico uffiziale, la formazione del medesimo. Ma non costituisce per ciò una semplice scrittura privata, in quanto, a differenza di essa che *si pone in essere,* acquista di già esistenza giuridica e si perfeziona col solo fatto della *sottoscrizione,* sono tassativamente richieste dalla legge, oltre la *sottoscrizione*, elemento comune ad entrambi, altre due condizioni del pari essenziali: l' una che il medesimo *sia scritto per intero di mano del testatore;* l' altra che sia *datato* anche di mano del testatore, e che la data esprima il *giorno, il mese* e *l' anno* (articolo 775 codice civile).

Come pure la sottoscrizione stessa che per la scrittura privata è richiesta, secondo dianzi fu visto, implicitamente dal legislatore, è richiesta in modo esplicito quando trattasi del testamento olografo (articolo 775 princ.). Oltredichè, mentre il legislatore, parlando di sottoscrizione in genere, nulla dice circa il luogo dove la medesima deve apporsi nella semplice scrittura privata, riguardo al testamento olografo invece prescrive tassativamente, che *la sottoscrizione deve essere posta alla fine delle disposizioni* (articolo 775 in fine). E queste tre condizioni, di cui una soltanto fra esse basta per l' esistenza della scrittura privata, sono richieste dal legislatore, non pure in modo tassativamente specifico, ma sotto pena di nullità eziandio, (articolo 804 Codice civile); per guisachè, secondo l' insegnamento unanime della dot-

trina e della giurisprudenza, l' omissione od anche la semplice irregolarità di una delle tre condizioni fa sì che il testamento olografo, essendo esso un atto *formale,* non abbia esistenza giuridica, e come tale non possa produrre effetti giuridici di qualunque sorta.

Se manca in esso l' intervento del notajo o di altro pubblico uffiziale che, ricevendo direttamente le disposizioni di ultima volontà del testatore, possa imprimere al medesimo il carattere dell' atto pubblico; si hanno nondimeno un complesso di condizioni e di formalità rigorose, che non si hanno, nè sono richieste dalla legge per la semplice scrittura privata. E solo mediante l' osservanza rigorosa delle formalitá e delle condizioni tassativamente prescritte dalla legge, che costituiscono già uno degli elementi necessarii all' esistenza dell' atto pubblico (art. 1315 cod. civ.), può ricevere origine e vita quest' atto *solenne* denominato testamento olografo. Esso quindi, come tale, rappresenta qualcosa d' intermedio fra l' atto pubblico e la scrittura privata, una volta che per la costituzione giuridica del suo organismo sono richieste minor numero di condizioni di fronte al primo, maggiori e più efficaci riguardo alla seconda.

Sarebbe stata illogica ed assurda quindi l' opera del legislatore se, richiedendo tassativamente per l' esistenza del testamento olografo l' osservanza rigorosa di condizioni che non sono punto richieste per l' esistenza della scrittura privata, non avesse, per compenso, attribuito al medesimo un valore probatorio che non riconosce meritamente nella semplice scrittura privata. Ciò spiega e completa perfettamente la disposizione dell' articolo 914, di cui sopra fu tenuta parola; come serve pure a determinare, nel tempo istesso, la natura giuridica del testamento olografo, che è quella precisamente di atto *autentico,* figura intermedia fra l' atto *pubblico* propriamente detto e la *scrittura privata* propriamente detta.

Ma vi ha pure un' altra considerazione molto decisiva, che viene a confermare, in modo perentorio, la natura giuridica di atto *autentico* nel testamento olografo. E invero, se l' intervento del pubblico uffiziale manca nell' istante in cui, coll' osservanza rigorosa delle tre sopra enunciate formalità, vien disteso il testamento olografo, esso però è richiesto tassativamente dalla legge in epoca posteriore, dopo la morte del testatore, e nello scopo preciso d' integrare l' opera privata del medesimo. Onde la disposizione testuale dell' art. 912, di cui questi precisamente sono i termini sacramentali: « Il testamento olografo, sull' istanza di « chiunque creda avervi interesse, sarà *depositato* presso un « *notajo* del luogo in cui si é aperta la successione, alla presenza « del *pretore* del mandamento e di due *testimoni*. — La *carta* « in cui si contiene il testamento sarà *vidimata* in calce di « ciascun mezzo foglio dai *due testimoni*, dal *pretore* e dal *no-* « *tajo*. — Si stenderà *nella forma degli atti pubblici* il processo « verbale del deposito, nel quale il notajo descriverà lo stato « del testamento, trascrivendone esattamente il tenore, e farà « pure menzione dell' apertura del testamento se fu presentato « sigillato, e della vidimazione fattane da lui, dal pretore e dai « testimonii. — Il processo verbale sarà sottoscritto dal richie- « dente, dai testimoni, dal pretore e dal notajo, e sarà al me- « desimo unita la carta che contiene il testamento, l' estratto « dell' atto di morte del testatore o il provvedimento del tri- « bunale in conformità dell' articolo 26 ».

A che richiedere formalità così rigorose, oltre quelle richieste precedentemente coll'art. 775 riguardo alla costituzione del testamento olografo da parte del testatore medesimo, e richiedere altresì l' intervento a un tempo del magistrato e del notajo assistiti dai testimoni; se l' osservanza di tutte queste condizioni solenni non dovesse imprimere al testamento olografo un valore

giuridico e probatorio maggiore di quello attribuito alla semplice scrittura privata, nella quale nulla di tutto ciò si riscontra e si richiede dal legislatore? Per quali ragioni avrebbe il legislatore richiesto formalmente il deposito del testamente olografo presso notajo, alla presenza e colla cognizione del magistrato; se non dovesse il fatto del pubblico uffiziale e dell'autorità giudiziaria imprimere al medesimo il carattere dell'*autenticità*, e togliergli quello di semplice atto privato, una volta che il pubblico uffiziale se ne impadronisce e il magistrato vi appone il suo suggello?

C) *Donde deriva e come sia evidente l'errore di coloro che sogliono equiparare il testamento olografo alla semplice scrittura privata.*

Ma su di ciò sarebbe perfettamente ozioso il discutere di fronte alla energica e formale disposizione dell'art. 914, che dichiara in termini perentorî: « *adempite le formalità* stabilite « dai due precedenti articoli, il testamento olografo avrà la sua « *esecuzione* » se la dottrina di alcuni scrittori e la giurisprudenza di pochi magistrati non avesse rimpicciolito miseramente il campo della quistione. Eliminata giustamente l'ipotesi che il testamento olografo, non essendo ricevuto direttamente da notajo o da altro pubblico uffiziale, come quello regolato dall'art. 777 e segg., possa rivestire il carattere di *atto pubblico* a termini dell'art. 1315; passano inopportunamente all'ipotesi opposta, che debba perciò il medesimo qualificarsi, per tutti gli effetti giuridici, semplice *scrittura privata,* e sottostare completamete perciò alle norme che governano quest'ultima. (Pacifici-Mazzoni, *Successioni* vol. III, n. 16 e segg.; Buniva, *Delle successioni*, pag. 174 e segg.; *Della forza probante del testamento olografo,* Arch. Giurid. vol. I, pag. 242 e segg; PAOLI *Le successioni testamentarie* pag. 103 nota 2; Ricci, *Corso di Diritto Civile* vol. III, n. 231 e segg; Mattirolo, *Trattato di Diritto giudiziario,*

III, n. 134 nota 2; Corte di Appello di Parma 22 settembre 1875. — *Annali di giurisprudenza* vol. X parte 3 pag. 62; Corte di Appello di Brescia 22 luglio 1875. — *Gazzetta dei Tribun.* di Genova, XXVII, 773; *Cassazione di Torino,* 11 aprile 1872. — *Giurisprudenza torinese,* IX, 417).

Ora qui appunto si nasconde l' errore che conduce ad una conclusione del tutto arbitraria, perchè in assoluta contraddizione col testo e collo spirito della legge. Il legislatore, sapiente e provvidente a un punto, richiede per la costituzione del testamento olografo l' osservanza rigorosa di condizioni e di formalità solenni che non son mica richieste per la costituzione della semplice scrittura privata (art. 775); e richiede altresì, dopo la costituzione del medesimo e l' apertura della successione, il deposito presso notajo alla presenza e coll' assistenza del magistrato e dei testimoni, cosa di cui non trovasi esempio per le semplici scritture private (art. 912 e 913). Il legislatore stesso infine, senza punto accennare nè riferirsi menomamente alle norme regolatrici della scrittura privata, la quale non può ricevere alcuna efficacia giuridica senza e prima che sia riconosciuta spontaneamente dal privato contro cui si produce o giudiziariamente dal magistrato dinanzi a cui si produce (art. 1320 e segg.), determina da sè, in modo speciale, il valore giuridico e probatorio del testamento olografo legalmente depositato (art. 914).

Se il legislatore, dunque, ha provveduto direttamente da sè, in modo speciale, nel prescrivere un complesso di condizioni e di formalità essenziali per la costituzione e il complemento del testamento olografo, e se ha provveduto anche direttamente da sè in modo speciale, nel determinare l' efficacia giuridica del medesimo; non si porge del tutto arbitraria la pretesa degli avversarì quando vogliono riferirsi alle norme regolatrici della scrittura privata, per determinare l' efficacia giuridica e proba-

toria del testamento olografo? Arbitraria completamente senza dubbio, perchè viene a rinnegare e distruggere l'opera del legislatore; il quale non avrebbe stabilite regole speciali, laddove, nella costituzione e nella giuridica esecuzione del testamento olografo, avesse voluto riferirsi alle regole concernenti la semplice scrittura privata. Ciò tanto più sarebbe stato superfluo, in quanto l'art. 1320 e segg. prevedono e regolano tassativamente anche il caso di scritture private, che si producono dopo la morte del loro presunto autore.

Il testamento olografo, adunque, possiede una efficacia giuridica e probatoria tutta propria giusta il disposto dell'art. 914; come possiede del pari un complesso di condizioni e di formalità essenzialmente ed esclusivamente proprie, (art. 775 e 912), alla cui rigorosa osservanza si collega il valore giuridico e probatorio conferitogli dal legislatore coll'art. 914. Ed è perciò un atto *autèntico*, in quanto, mediante l'adempimento delle formalità e delle condizioni solenni prescritte dalla legge, acquista *ipso jure*, al tempo istesso, presunzione di *verità* e forza di *esecutorietà*. Effetti questi che non suol produrre la semplice scrittura privata prima del riconoscimento, appunto perchè manca in essa l'adempimento di un complesso di condizioni e di formalità solenni tassativamente prescritte dalla legge; come manca eziandio la verificazione di siffatto adempimento da parte del giudice a ciò espressamente incaricato dalla legge stessa, che trova nell'osservanza verificata delle condizioni e delle formalità solenni prescritte un'alta guarentigia di verità.

Gli effetti, adunque, che dal testamento olografo regolarmente formato e legalmente depositato, per virtù dei caratteri essenziali di *atto autentico* onde il medesimo è rivestito, scaturiscono in base a formali disposizioni di legge, sono due principalmente: l'uno quello della *presunzione di verità*, sino a prova contraria,

da parte di chi l' impugna; l' altro quello della *esecutorietà,* salvo i provvedimenti conservativi ordinati dal magistrato competente a cautela delle persone interessate. L' articolo 914 dichiara esplicitamente, che, adempite le formalità prescritte del deposito regolare, il testamento olografo *avrà la sua esecuzione.* Ma è ovvio che non potrebbe parlarsi di *esecuzione* del testamento olografo legalmente depositato, se non acquistasse il medesimo, per effetto del deposito e delle altre formalità precedentemente osservate, la presunzione di verità.

Giova però notare come vi sia differenza rilevante fra questi due effetti, che la legge fa produrre al testamento olografo per la natura essenziale *di atto autentico,* e quelli che la legge medesima fa produrre all' *atto pubblico.* I due effetti enunciati li produce del pari l' atto pubblico, ed è questa la nota ch' esso ha comune con l' atto autentico; ma è maggiore l' intensità con cui li produce come sono maggiori le guarentigie di veridicità ch'esso possiede, una volta che il medesimo viene ricevuto direttamente dall' uffiziale pubblico. Si richiedono quindi condizioni molto più efficaci, perchè sia scossa la presunzione di verità che possiede l' atto pubblico e venga sospesa la sua giuridica esecutorietà.

L' atto pubblico di fatti, costituito colla regolare osservanza delle formalità prescritte dalla legge, fa piena fede riguardo a tutti, così riguardo alle parti contraenti, come riguardo ai terzi (articolo 1317 Codice civile); oltre di che diviene titolo esecutivo agli effetti di procedere contro i beni del debitore (articolo 554 n. 3 Codice di procedura civile). Per impugnarlo poi occorre sempre necessariamente la *querela di falso* (articolo 1317 Codice civile); e perchè venga sospesa la sua efficacia esecutiva si richiede pure necessariamente il mandato di cattura nel caso di querela di falso in via penale; ovvero un ordine dell' autorità giudiziaria davanti a cui la querela di falso, anche in via civile, trovasi propo-

sta, laddove circostanze gravi lo richiedano (art. 1317 Cod. civ.)

Il testamento olografo legalmente depositato invece, possedendo i caratteri di atto autentico, non di atto pubblico, ha come questo la *presunzione di verità* e l' *esecutorietà* (articolo 914 Codice civile); ma per infirmare la prima non occorre querela di falso bastando il semplice non riconoscimento della scrittura purchè colui che l' impugna faccia la prova contraria nei modi di legge. Quanto poi a sospenderne l' efficacia esecutiva, occorre ma basta un semplice provvedimento conservativo emesso discrezionalmente dall' autorità giudiziaria davanti a cui ha luogo l' impugnazione, ovvero dal pretore nell' atto stesso del deposito (articolo 914 Codice civile).

§ 1.

I PRECEDENTI STORICI DELLA QUESTIONE:

A) *Diritto Romano.*

A siffatti argomenti, che sono di una forza irresistibile perchè tratti direttamente dall' insieme organico delle disposizioni legislative, se ne aggiunge un altro non meno decisivo, al quale si è riferita in certo modo la Corte di appello di Venezia nella sua magistrale sentenza del 19 maggio 1876 *(Annali di giurisprudenza,* vol. X parte 3, pag. 225). É questo l' argomento *storico,* giacchè, a cominciare dal Diritto Romano, si è manifestato in ogni tempo sempre costante il pensiero dei legislatori nell' attribuire al testamento, di qualunque forma, regolarmente costituito, la presunzione della verità; e come tale anche l' esecutorietà, per gli effetti di far acquistare il possesso dei beni successorii all' erede istituito, nonostante le doglianze o la impugnazione dell' erede legittimo. E il principio, da cui sono mossi costantemente i legi-

slatori d' ogni tempo si è che il testamento, costituito colla osservanza delle condizioni e delle formalità stabilite dalla legge, ha tutte le apparenze della verità come atto *autentico:* deve quindi far fede ed avere la sua esecuzione finchè non sia provato il contrario.

Nel Diritto Romano, anche vigendo l' editto di Adriano che fu in sèguito abolito da Giustiniano pel suo estremo rigore, si dava piena esecuzione ai testamenti che non presentavano vizi apparenti, e come tali mostravano di possedere le condizioni richieste per un testamento effettivamente valido. Si concedeva quindi all' erede istituito provvisoriamente la *missio in possessionem,* per virtù del testamento in apparenza valido, quand' anche il medesimo fosse impugnato dagli eredi legittimi: *Sive falsum, sive ruptum, sive irritum dicatur esse testamentum, salva eorum disceptatione scriptus heres jure in possessionem mitti desiderat* (PAOLO, *Receptae sententiae,* lib. III, tit. 5, § 11).

Questo medesimo principio di accordare provvisoriamente il possesso dei beni sucessorii all' erede scritto in un Testamento immune da vizii apparenti, venne confermato mediante una costituzione dell' imperatore Alessandro Severo, concepita nei seguenti termini: *Quamvis quis se filium defuncti praetèritum esse alleget, aut falsum vel inofficiosum testamentum, seu alio vitio subiectum, tamen* SCRIPTUS HAERES IN POSSESSIOREM MITTI SOLET *(Leg. 2 Cod. de edicto divi Adr. tollendo,* VI, 33).

Ma più notevole ancora, perchè inteso a risolvere testualmente proprio il caso in quistione, è il seguente brano di una costituzione di Giustiniano: *Sancimus ut si quis ex asse vel parte institutus competenti judici testamentum ostenderit* NON CANCELLATUM, NEQUE EX QUACUMQUE SUAE FORMAE PARTE VITIATUM SED QUOD IN PRIMA FIGURA SINE OMNI VITUPERATIONE APPAREAT, *et depositionibus testium legitimi numeri vallatum sit,* MITTATUR

QUIDEM IN POSSESSIONEM EORUM QUAE TESTATORIS *mortis tempore fuerunt. (Leg.* 3 *Cod. eod. tit.).*

E, dato pure che vi fosse opposizione da parte dell'erede legittimo riguardo alla immissione nel possesso, lo stesso imperatore prescrive che dovea portarsi e decidersi la causa dal magistrato competente circa l'acquisto definitivo del possesso, senza che ciò fosse per nulla di ostacolo all'immissione provvisoria nel medesimo riguardo all'erede scritto: *Sin autem aliquis contradictor extiterit, tunc in judicio competenti causae in possessionem missionis, et subsecutae contradictionis ventilentur, et ei possessio acquiratur qui potiora ex legitimis modis iura ostenderit, sive qui missus est, sive qui antea detinens contradicendum putavit (loc. cit.).*

In pro del testamento, quindi, qualunque fosse la sua forma, immune da vizii apparenti, militava sempre la presunzione di verità; e come tale dava diritto esso ad ottenere il possesso provvisionale nell'erede scritto. Per guisa che la prova della *falsità* o della *nullità* dovea farla in giudizio colui che ne impugnava la verità o la validità. *Si scriptum heredem ab amita tua, vel de testamenti vitio, vel quacumque alia ratione non posse obtinere hereditatem,* PROBARI A TE POSSE *confidis, de hac hereditate apud Rectorem provinciae agere potes (Leg.* 11, *Cod. de probat.,* IV, 19).

Vero è che, per Diritto romano, non essendo in uso la forma *ologrofa* di testare, occorreva sempre la presenza dei testimoni per la costituzione delle tavole testamentarie. Ma è certo d'altro canto che, in linea di eccezione, si ritenevano ugualmente validi ed efficaci i testamenti dei militari scritti di proprio pugno senza il concorso di testimoni (pr. e § 1 *Instit. de milit testam,* II, 11; fr. 1, e fr. 35 *Dig. de testam, milit.* XXIX, 1; leg. 14 e 15 *Cod., de testam milit.,* VI, 21); come pure i testamenti scritti,

anche di proprio pugno e senza intervento di testimoni, dagli ascendenti a favore dei loro discendenti immediati, secondo risulta dalla *Novella* 107 di Giustiniano. E in questi casi eccezionali si ha la forma embrionale del testamento olografo, secondo trovasi ammesso e regolato dalle legislazioni moderne. Oltre di che valea il principio inconcusso che, facendosi l'apertura solenne delle tavole testamentarie davanti all'autorità competente, militava in favore delle medesime la presunzione della verità. Onde dovea concedersi l'immissione provvisoria nel possesso all'erede scritto, salvo ad eseguirsi la prova contraria per far cessare gli effetti del possesso conseguito, da parte di colui che ne impugnava la verità o la validità.

B) *Legislazione francese anteriore al Codice Napoleonico.*

Ignota nei paesi di Diritto scritto, dove governavano i principii del Diritto romano, la forma olografa di testare trovò la sua origine e il suo sviluppo nei paesi di diritto consuetudinario, che l'ammisero quasi senza restrizioni di sorta. È notevole anzi come la forma del testamento olografo a causa dei vantaggi che mostrava presentare posta in raffronto con quella del testamento pubblico per la grande agevolezza, segretezza e ponderatezza onde suole esser cagione, richiamò seriamente l'attenzione del legislatore, il quale si sforzò di estenderne l'uso, mediante provvedimenti di ordine generale, anche nei paesi di diritto scritto. Ed ecco già una disposizione formale sul riguardo e inserita, per opera del guardasigilli Marillac, nell'articolo 126 dell'ordinanza di gennajo 1629, conosciuta sotto il nome di *Codice Michaud.*

Siffatta disposizione dell'ordinanza però rimase pressochè senza effetto, a causa della resistenza che opposero i parlamenti

nei paesi di diritto scritto, dei quali taluni si rifiutarono a registrarla, e tal' altri, pur prestandosi a registrarla, la registrarono colle limitazioni nascenti dalla *Novella* 107 di Giustiniano. Si rifece il tentativo dal legislatore mediante l'ordinanza del 1753; ma neanche con essa si giunse a vincere le resistenze, che avea già incontrate la precedente ordinanza del 1629.

Tutto ciò dimostra lo sforzo costante adoperato dal legislatore per far trionfare nei paesi di diritto scritto la forma olografa di testare, qual essa era in uso nei paesi di diritto consuetudinario. E tale sforzo costante del legislatore solo allora ebbe il suo pieno coronamento, quando fu redatto il codice napoleonico, che venne a consacrare definitivamente la forma olografa di testare nella guisa onde si trovava in uso nei paesi di diritto consuetudinario (Aubry e Rau VII, § 668 nota 1).

Poichè il testamento olografo è un istituto che il codice napoleonico attinse interamente dal diritto consuetudinario, giova conoscere qual' era l' efficacia giuridica che il medesimo aveva sotto l' impero delle consuetudini francesi, essendo identica l' efficacia giuridica che il medesimo conserva sotto l' impero del codice napoleonico, per consenso unanime della dottrina e della giurisprudenza, se si eccettua il Laurent, che almeno confessa di esser solo a sostenère l'opinione contraria con argomenti quanto poveri altrettanto inefficaci (Laurent vol. XIII n. 242 e segg.). Or nessun dubbio che il testamento olografo, appunto perchè redatto coll' osservanza rigorosa di un complesso di formalità e di condizioni solenni, era completamente pareggiato dalle consuetudini, circa l' efficacia giuridica e la forza probatoria, a quello pubblico redatto da notajo.

Decisiva in proposito è la testimonianza di Furgole, il quale scrive che gli statuti francesi, specialmente quello di Parigi, *avaient mis le testament olographe au niveux de ceux qui sont*

reçus par une personne publique (FURGOLE, *Traité des testaments,* capit. II. sez. VI n. 4.)

Con efficacia benanche maggiore si esprime il Ricard, scrivendo queste parole molto significative: *Il n'y a aucune difference à faire, pour la date, entre le testament olographe et les autres espèces de testaments par devant notaires* (RICARD, *Traité des donations,* part. I, n. 1560).

Perentoria in fine si porge l'autorità del Merlin, organo massimo della *tradizione*, ed interpetre sovrano del codice napoleonico. Egli, non solo conferma la completa parificazione del testamento olografo col pubblico, sotto l'impero delle consuetudini, quanto all'efficacia giuridica; ma cura eziandio di farci conoscere i motivi di siffatta parificazione. Ond'è che si esprime nei seguenti termini:

« Pesons bien les termes de l'art. 289 de la coutume de « Paris: *Pour réputer un testament solennel, il est nécessaire « qu' il soit écrit et signé de la main du testateur.* La cou- « tume qualifie donc le testament olographe de *solennel, elle « ne le considere donc pas comme un act sous seing privé.* « Et en effet, par cela seul qu' elle confie au testateur et « son autorité pour disposer, et un caractère pour rédiger ses « dispositions, elle le tire de la classe des *simples particuliers; « elle l' erige en legislateur, en ministre de sa propre loi,* EN « OFFICIER PUBLIC, dans certe partie. Or les principes veulent « qu' on regarde les actes faits par des PERSONNES PUBLIQUES, « comme des PREUVES INALTERABLES de ce qu' ils contennient. « Où peut être la raison de doutér de la *verité* de la *date d' un « testament olographe, tant qu' il n' est point prouvé légale- « ment que cette date n' est pas vraie?* » (MERLIN, *Répert. V. Testament.* sez. II, § IV, art. 7 pag. 175 e 176.

C) *Le disposizioni del Codice napoleonico e la giurisprudenza della Cassazione francese*

Il Codice Napoleonico, ereditando dal diritto consuetudinario l' istituto del testamento olografo, ne eredita pure il concetto e la dottrina. Prescrive difatti condizioni speciali e formalità solenni prima e dopo la costituzione del medesimo (art. 970 e 1007 Cod. francese); come determina tassativamente altresì l' efficacia esecutiva di esso, quando sono già rigorosamente osservate le condizioni e le formalità solenni prescritte.

Questo è altamente notevole. Imperocchè, mentre non sottopone ad alcuna regola l' apertura del testamento per atto di notajo, nè spende la menoma parola per dichiarare il medesimo *esecutivo* (AUBRY e RAU, VII, § 710, pag. 443 e 444; LAURENT, XIV, n. 14) mostrando così di riferirsi ai principii generali, secondo cui l' atto pubblico è di per sè esecutivo; richiede tassativamente l' osservanza di talune formalità solenni, svolgentisi col concorso ed alla presenza del notajo, che è pubblico uffiziale, dei testimoni e del magistrato, per l' apertura del testamento olografo. E dopochè l' apertura solenne ha di già luogo, il legislatore attribuisce, in modo espresso, al testamento olografo l' efficacia esecutiva che riconosce implicitamente, come atto pubblico, nel testamento per atto di notajo, e che consiste appunto nella *saisine* di pieno diritto laddove manchino eredi riservatarii (art. 1006 Cod. francese).

La sola differenza riguardo all' efficacia esecutiva, secondo il legislatore francese, tra l' una e l' altra forma di testamento sta unicamente in questo; che cioè, laddove manchino eredi aventi diritto a riserva, il testamento ricevuto dal notajo, come atto pubblico avente di per sè forza esecutiva, produce *ipso jure* la

saisine a favore del legatario universale (art. 1006 cod. civ. franc.); mentre nel caso del testamento olografo occorre invece che il legatario universale si faccia immettere nel possesso mediante una ordinanza del Presidente del Tribunale (art. 1008 cod. franc.). Il testamento olografo quindi ha pur esso, come il pubblico, forza esecutiva per immediata disposizione di legge, quando possiede tutte le condizioni solenni dalla medesima richieste. Il presidente del Tribunale vien chiamato soltanto per verificare e riconoscere se le formalità essenziali prescritte dalla legge siano già osservate, se il deposito del testamento sia avvenuto regolarmente, e se infine si contenga nel medesimo l'istituzione di un legatario universale. Data l'apparente regolarità dell'atto, quand'anche vi sia opposizione da parte degli eredi legittimi circa l'esecutorietà del testamento, il presidente del Tribunale non può negare l'immissione nel possesso all'erede scritto. Solo nel caso in cui gli eredi legittimi si rendano comparenti dinanzi al presidente per *impugnare formalmente* la verità della scrittura, si concede dalla dottrina e dalla giurisprudenza comune al medesimo un potere discrezionale agli effetti di accordare o negare, in vista di circostanze gravi, l'immissione nel possesso. (Troplong, *Op. cit.*, III, n. 1500; Aubry e Rau, VII, §§ 710 pag. 446 testo e nota 9; *Cassaz. Francese*, 27 maggio 1856. — V. Sirey, an. 1856, parte I, pag. 711).

Dato dunque che il presidente del Tribunale, malgrado l'impugnazione formale da parte degli eredi legittimi non può negare l'immissione nel possesso all'erede scritto quando il testamento olografo non presenta tracce manifeste d'irregolarità; e dato pure che, solo in linea eccezionale, quando si convince, per un complesso di circostanze seriamente fondate, che non sia opera del testatore la scrittura dell'atto, può negare l'immissione nel possesso; viene logica ed inconcussa la conseguenza che per

regola generale, salvo i casi eccezionali in cui sia negata l'immissione nel possesso, il testamento olografo costituisca, oltrechè un *titolo esecutivo*, anche un titolo a cui favore sta la *presunzione di verità,* salvo la prova contraria. Sarebbe assurdo invero che fosse accordata esecuzione al testamento olografo, contro e malgrado l'opposizione degli eredi legittimi, se non militasse a favore del medesimo la presunzione di verità. Solo per virtù ed in base a cotesta presunzione può esso produrre l'effetto giuridico gravissimo della *saisine* a danno degli eredi legittimi; di guisachè la prova contraria è a carico di questi ultimi, mentre l'erede scritto possiede, per converso, un titolo che, mediante l'osservanza delle condizioni solenni prescritte dalla legge e la verificazione di tale osservanza fattane dal magistrato, è diventato già esecutivo appunto perchè supposto legalmente vero.

Di fronte al sistema così chiaro ed esplicito del legislatore francese, che richiede un complesso di condizioni solenni per la formazione del testamento olografo, e che dopo verificatane dal magistrato la stretta osservanza di esse, lo rende, per opera del magistrato stesso, esecutivo al pari del testamento pubblico, sembrerebbe decisamente impossibile qualunque dubbio intorno alla forza probatoria del medesimo. Eppure il dottrinarismo di certi scrittori, ripetentisi a vicenda fra di loro, è riuscito a creare una quistione là dove quistione non esiste. L'errore deriva da un vecchio e volgare pregiudizio; che cioè il testamento olografo, non potendo dirsi atto pubblico come quello ricevuto da notajo, debba per necessità riguardarsi come semplice scrittura privata, la quale non ha efficacia giuridica se non sia prima riconosciuta. Ciò con aperto dispregio delle testuali disposizioni della legge, che richiede tassativamente condizioni e formalità rigorose, non richieste per la semplice scrittura privata, riguardo al testamento olografo, e ne determina formalmente l'efficacia

esecutiva dopochè abbia avuto luogo e sia stata verificata dal giudice l'esatta osservanza di esse; cosa impossibile a concepirsi se il testamento olografo non possedesse, a differenza della semplice scrittura privata, la presunzione di verità.

Dottrina così arbitraria però, malgrado conti qualche nome splendido fra i suoi seguaci, di cui non ultimo e più recente il Laurent *(Op. cit.* vol. XIII n. 229 e segg.), non è la prevalente; giacchè può dirsi prevalente invece, anche nella scuola, la dottrina contraria del Troplong; secondo cui, ottenuta dall'erede scritto la immissione nel possesso, per effetto del testamento olografo legalmente depositato, sorge a favore del medesimo una presunzione legale di verità, la quale dura finchè dall'erede legittimo non sia provata falsa la scrittura onde il testamento si compone. Meritano qui di essere ricordate le seguenti autorevoli e decisive parole del Troplong:

« Le testament olographe, egli scrive, *fait foi* de sa date: il « est en effet tout *aussi solennel que le testament authentique,* « *en ce sens que il porte avec lui la preuve de ce qu'il con-* « *tient.* C'est une veritable loi qui command à l'avenir. Le te- « stateur est placé, en quelque sorte, à la hauteur d'un *officier* « *public* qui imprime la certitude à l'acte dont il est le ministre ». (Op. cit. n. 1492).

E più sotto ripiglia:

« Le testament olographe ainsi ècrit, daté et signè de la « main de testateur, est parfait, et n'est assuietti à aucune autre « forme. Il *vaut comme* ACTE PUBLIC et SOLENNEL. Il fait foi « de la date, ainsi que nous l'avons dit ci-dessus. Il est tel- « lement solennel que la reconnaissance d'un' enfant naturel y « est valablement faite » (n. 1498 ivi).

È poi di suprema importanza l'osservare come la Cassazione francese, con una perseveranza meravigliosa piuttosto unica

che rara, tutte le volte che ha avuto occassione di pronunziarsi, abbia ritenuto sempre che l'obbligo di provare la falsità del testamento olografo spetti all'erede legittimo, e che a favore del legatario universale scritto nel medesimo stia invece la presunzione di verità. Questi adunque nulla deve provare, bastandogli un titolo che fa fede finchè non sia provato il contrario.

La maggior parte delle decisioni pronunciate in tal senso dalla Cassazione francese, sono ricordate accuratamente nell'opera di Aubry e Rau (Op. cit. VII, §§ 669 nota 7 pag. 109 e segg.). E la giurisprudenza della Cassazione ha raccolto il suffragio, quasi unanime, delle Corti di appello francesi. Qui ci basta soltanto richiamare due dei più recenti arresti pronunziati dalla Cassazione francese.

L'uno del 23 gennaio 1850, che il Laurent giudica *magistrale* (XIII, 237) profferito nella causa *Gilbert c. Desmazures*, suona in questi termini:

« *La Cour;* Attendu que le testament olographe, qui institue « un légataire universel allors que le testateur ne laisse aucun « héritier à reserve, *devient par l'acconplissement des conditions « destinées à en faire présumer la valeur e la sincerité,* UN « TITRE SUI GENERIS, *dont l'effet est d'opérer en faveur du « legataire une saisine que corrobore l'envoy en possession, « ordonné aprés éxamen préalable par l'autorité judiciaire.*

« Attendu *que contre un titre de celte nature et produ« isant legalement de tels effets, ne se peuvent appliquer les « régles de precéder introduites pour la verification de l'ecriture « des simples actes sous signatures privées;* qui en effet, le « porteur d'un acte de cette espècte pour pouvoir se saisir du « droit qui en émane, est obligé de tout prouver à l'encontre « du débiteur, défendeur naturel à toutes les pretentions dont « cet act est la base; tandis que *le lègataire universel trouvant*

« *la preuve et le fondement de son droit tout à la fois dans*
« *un titre que protege provisoirement la presomption de la*
« *loi, et dans une possession serieuse et judiciairement obtenue,*
« *n' a rigoreusèment rién à prouver* quand s' elève une conte-
« station qui, s' attaquant et à son titre et à sa possession, lui
« lasse tous les avantages du rôle de deféndeur. Qu' en la de-
« cidant ainsi, l' arrêt attaqué, loin de violer la loi, en a fait
« au contraire, une juste application, » (Dalloz, *Jurisprud. gen.* an 1850, P. I. pag. 24).

L' altro, ancora più recente del 1872.pronunciato nella causa *Letavernier de La Mairie* c. *Pajot,* merita pure di essere ricordato a conferma della giurisprudenza costante adottata dalla Cassazione:

« La Cour; — Sur le moyen unique du pourvoi: Vu les art.
« 1006 et 1008 c. civ.; Attendu que le legataire universel, lorsqu' il
« n' y a pas d' héritiers à réserve, *est saisi du plein droit de*
« *l' hérédité du testateur sans avoir* à demander la délivrance;
« — Que, toutefois, si le testament qui l' institue est olographe,
« il est tenu de se faire envoyer en possession par une or-
« dinnance du presidént; — Mais que l' *accomplissement de cette*
« *condition, sans opposition ou nonobstant opposition de la*
« *parte des héritiers du sang, réunit en sa faveur la saisine*
« *de fait à la saisine de droit;* Que les héritiers du sang, qui
« viennent ensuite agir en petition d' hérédité et en délaissement
« se trouvente, par conséquent, dans les condition de tout deman-
« deur; — *Que c' est à eux, dés lors, qu' incombe l' obligation*
« *de prouver le vice du tître du défendeur, et la légitimité*
« *de leurs prétentions....* » (Dalloz, *Jurisprudence Générale, an.* 1872, *Part. I. pag.* 376).

§ 3.

SISTEMA DELLA LEGISLAZIONE ITALIANA

A) *I lavori preparatorii del codice civile.*

Nell'intento di garantire ancor meglio l'autenticità dei testamenti olografi, poichè, accordandosi ad essi efficacia esecutiva, si ammette implicitamente in loro favore la presunzione della verità, il *codice estense* ne prescriveva il deposito obbligatorio presso notajo da parte del testatore medesimo. Concepito di fatti nei seguenti termini era l'articolo 696 di esso:

« Il testatore deve presentare il testamento in uno degli « archivi notarili dello Stato. L'archivista riceve e tiene in de- « posito il consegnatogli testamento in luogo a parte e sotto « gelosa custodia, e ne fa registrazione in un libro apposito a « doppia bolla contenente la data del luogo, giorno, mese ed anno « dalla presentazione, e rilascia al deponente la bolla figlia a « modo di ricevuta ».

Guidato dalle medesime ragioni l'illustre Pisanelli adottava l'identico sistema del legislatore estense nel progetto del codice civile italiano, inserendo in esso la seguente disposizione, ch'era precisamente quella dell'articolo 798 del progetto:

« Il testamento olografo *dovrà essere depositato dal testa- « tore presso un notajo, o presso un cancelliere dell'autorità « giudiziaria*. Il notajo o cancelliere stenderà processo verbale « del fatto deposito, indicando se il testamento gli fu consegnato « aperto, o chiuso e sigillato. Il processo verbale sarà sottoscritto « dal testatore, e dal notajo o cancelliere, il quale custodirà il « testamento nei suoi atti unitamente al processo verbale ».

Tale disposizione giustificava egli nella sua magistrale *Relazione*, contenente i motivi del progetto di codice civile (Pisa-

NELLI, *Relazione al III libro del progetto* pag. 16), la quale, comunque dopo lunga e vivace discussione, venne pure ammessa dalla Commissione del Senato. (V. VACCA, *Relazione senatoria sul III libro* del *progetto di cod. civ.* pag. 6 e 7). Senonchè, venuto alla Camera dei deputati il disegno di codice civile approvato dal Senato, la formalità obbligatoria del deposito da parte del testatore circa il testamento olografo sollevò tali e così valide obbiezioni nel seno della commissione parlamentare prima, e nella pubblica discussione alla Camera poi, che il Ministro guardasigilli riconobbe la necessità di proporre alla *Commissione speciale di coordinamento* il quesito: se dovesse mantenersi la formalità del deposito obbligatorio giusta il progetto ministeriale e la relazione della commissione senatoria, ovvero sopprimersi.

Or in quella occasione solenne accadde, che lo stesso Pisanelli, autore del progetto ministeriale e quindi dell'art. 798 di esso concernente il deposito obbligatorio del testamento olografo, prese l'iniziativa della soppressione di tale formalità. Ed a giustificazione della sua proposta dichiarò formalmente, che, « quando imprese a compilare il nuovo progetto del codice civile, « era suo pensiero di stabilire il testamento olografo nel modo « medesimo com'era stabilito nel codice di Francia e nel codice « di Napoli; ma che si era poi rassegnato ad accettare la preac- « cennata formalità del deposito, e perchè gli venne suggerita « da una giunta di distinti giureconsulti di Napoli da lui stesso « nominata per esaminare il progetto Miglietti, la quale repu- « tava quella formalità utile per evitare le alterazioni e le frodi, « cui temevasi che lasciasse troppo facile adito il testamento « olografo; ed anche in vista delle molte apprensioni che vi « erano in alcune provincie dello Stato contro quella foggia di « testare, pel timore della falsità, pel pericolo di sottrazione, e

« per la facile seduzione del testatore. Che però quando ebbe
« udite le gravi osservazioni fattesi da prima nella Commissione
« della Camera dei deputati, della quale era relatore, e poscia
« nella pubblica discussione davanti alla Camera stessa, tornò
« risoluto al suo primo proposito, ed avendo maggiormente
« riflettuto su questo importante argomento, e ponderate tutte
« le ragioni che si adducevano in un senso e nell'altro e tenuto
« conto anche dell'esperienza nei paesi dove è in vigore quella
« forma di testare senza che si pensi ad abolirla, ebbe a con-
« vincersi che non vi sono che due partiti: o che la medesima
« si proscriva assolutamente, la qual cosa è impossibile, perchè
« non sarebbe approvata da nessuno; o che si ammetta colla
« semplicità che è di sua essenza ».

In seguito a tali osservazioni concludeva: 1) « che, prescri-
« vendo il deposito, si toglierebbe al testatore il mezzo di tro-
« vare nel segreto e nella facilità di testare un rifugio contro
« le insistenze o ripugnanze interessate, ed inoltre di *prendere
« le sue cautele per conservare il testamento in modo talvolta
« più sicuro e meno soggetto alle insidie;* 2) che la formalità
« del deposito è una garanzia assai problematica contro la frode,
« giacchè la medesima non impedirà che si contenda sulla verità
« della scrittura o sottoscrizione del testamento, e forse in
« qualche caso potrà anche diventare un'egida della frode, ren-
« dere più arditi ed efficaci i disegni del falsario ».

Alla proposta del Pisanelli si associarono completamente i commissari De Foresta e Pallieri, già membri della commissione Senatoria, aggiungendo per loro conto: « che mentre
« la formalità del deposito toglie il principale pregio e la mag-
« giore utilità del testamento olografo, *non solamente non esclude
« in modo assoluto il pericolo di falsità*, di sostituzione e di
« sottrazione del testamento; ma anzi priva il testatore della

« facoltà di provvedere egli stesso alla *sicura conservazione* ed
« alla inalterazione del suo testamento, o con deposito privata-
« mente fatto nelle mani di una persona fida e sicura, nella
« quale abbia maggior confidenza che nel notajo o cancelliere
« designato dalla legge, od attenendosi a quegli altri mezzi che
« sieno in suo potere e che più gli piacciano ».

La proposta Pisanelli, in base a siffatte considerazioni e motivi, venne approvata ad unanimità dalla *Commissione di coordinamento* (V. *Processi Verbali della Commissione speciale di coordinamento,* Torino 1866, seduta del 12 maggio, verbale 30, pag. 341 e segg.).

Perfettamente identici sono i motivi che adduce il ministro Vacca nella sua relazione al Re sul codice civile, per giustificare la soppressione della formalità concernente il deposito obbligatorio del testamento olografo. Infatti si legge: « Fu savio
« pensiero per fermo sopprimere la formalità del deposito obbli-
« gatorio nel testamento olografo prescritta dall' art. 798 del
« progetto senatorio. E di vero chi ben consideri il concetto del
« deposito obbligatorio, si avvedrà di leggieri come per esso
« scemerebbe valore e vantaggio a quella maniera di disporre
« per testamento olografo, in quantochè ne andrebbero falliti i
« principali scopi di appartare cioè il testatore da ogni estranea
« influenza, di porgergli agevole il modo di provvedere con
« pienezza di libertà alla sua successione come meglio la intende,
« e senza i pericoli di un' anticipata divulgazione. E d' altro
« canto non vuolsi dimenticare, che *la guarentigia del deposito*
« *non riuscirebbe più efficace a precorrere alle frodi, nè var-*
« *rebbe a sostituirsi a quei modi più cauti e certi che il testa-*
« *tore potrebbe, con miglior consiglio, divisare nell' intento di*
« *far sicura e inalterata la conservazione di quell' atto in-*
« *terprete dei suoi supremi voleri.* Che se al testatore talenta

« la formalità del deposito, si abbandoni questo alla preveggenza « oculata di lui fuori d'ogni ingerenza della legge. »

Basta il semplice richiamo di questa importante discussione per determinare, in modo irrefragabile, il concetto sostanziale del legislatore italiano sopra tale materia. E il suo concetto è precisamente questo: che, cioè, dispensando il testatore dalla formalità del deposito obbligatorio presso notajo, non intende attribuire al testamento olografo un grado di credibilità minore di quella che il medesimo avrebbe se fosse depositato direttamente da lui presso un notajo; ma gli attribuisce per contro un grado di credibilità, se non maggiore, certamente uguale, lasciando arbitro il testatore di adoperare tutti quegli espedienti e cautele che crederà opportune a garantire l'*inalterabilità* e *l'autenticità* del testamento olografo. Il legislatore in tal modo eleva il testatore, secondo l'espressione felice di Merlin, *en ministre de la propre volonté, en officier public dans cette partie (loc. sopra cit.).* Il giudice del resto, chiamato a verificarlo nell'atto del deposito necessario dopo la morte del testatore, sospenderà gli effetti dell'esecuzione laddove, per segni manifesti, si accorgerà che la scrittura presentata non è l'opera del testatore (art. 914).

Ma, quasi ciò non bastasse a mettere chiaramente in rilievo l'intimo concetto del legislatore italiano sulla materia, troviamo inoltre come, in seno alla *Commissione speciale di coordinamento*, siasi sollevata e risoluta tassativamente la quistione relativa all'efficacia probatoria del testamento olografo. Ora se vi ha un'interpretazione autentica del legislatore stesso, riesce, oltrechè addirittura inutile, completamente arbitrario il pretendere di escogitarne un'altra che sia colla medesima in perfetta contraddizione.

Ecco difatti quel che si legge nei *Processi verbali della Commissione di coordinamento:*

« La discussione porge occasione ad un commissario (MAN-
« CINI) di chiamare l'attenzione della Commissione sopra un
« argomento assai grave, quello, cioè, di determinare a chi spetti
« l'onere della prova, in caso che venga il testamento olografo
« impugnato. Per impedire le questioni, che potrebbero suscitarsi
« al riguardo, egli propone che nella Sezione, la quale tratta
« dell'*apertura e pubblicazione de' testamenti olografi e dei*
« *testamenti segreti,* si aggiunga un articolo così concepito:

« — *Nei testamenti segreti e negli olografi legalmente*
« *depositati presso uffiziali pubblici competenti, la prova della*
« *loro falsità è a carico di coloro che li impugnano. Nei testa-*
« *menti olografi non depositati la prova della verità della*
« *scrittura è a carico di coloro che li producono.* —

« Tale disposizione, aggiunge il proponente, avrebbe anche
« per effetto di rendere il testamento olografo una cosa seria,
« come dev'esserlo. Questo testamento non ha altro effetto fuor
« quello delle scritture private; ora nelle private scritture non
« è egli vero che quando vengono impugnate non rimane più
« nulla? La proposta aggiunta impedirebbe che, con troppa fa-
« cilità, s'impugnassero i testamenti olografi e se ne diminuisse
« così l'importanza.

« Taluno (PISANELLI) osserva che la proposta disposizione
« sarebbe forse poco consentanea colla deliberata soppressione
« dell'articolo 798 del progetto, nel quale articolo si ordinava
« la formalità del deposito obbligatorio del testamento olografo.
« Essa infatti attribuirebbe molta importanza al fatto del depo-
« sito. Osserva che non possa il legislatore determinare *a priori,*
« che il carico della prova ricada sopra colui che impugna il
« testamento, e che sarebbe strano far dipendere la soluzione di
« questo punto dal fatto del deposito. *Che essendosi deciso di*
« *aggiungere nel codice la disposizione contenuta nell'articolo*

« 914 *del progetto Miglietti, secondo la quale il testamento olo-*
« *grafo non potrà avere esecuzione, se non sia prima depo-*
« *sitato presso un notajo del luogo in cui si è aperta la suc-*
« *cessione, può ritenersi il concetto generale, che, una volta*
« *operato questo deposito,* **IL TESTAMENTO OLOGRAFO NON ABBIA**
« **UN VALORE MINORE O DIVERSO DA QUELLO ATTRIBUITO A QUA-**
« **LUNQUE ALTRA SPECIE DI TESTAMENTO, FINO A TANTO CHE QUEGLI**
« **CHE LO IMPUGNA, NON NE ABBIA DIMOSTRATA LA FALSITÀ,** senza
« preoccupare con una disposizione legislativa la varietà dei
« giudizii, a cui possono dar luogo le circostanze de' singoli casi
« e quei provvedimenti che tendono a cautelare gli interessi di
« tutti.

« S'impegna quindi una seria discussione, e trovandosi la
« maggioranza sostanzialmente d'accordo su ciò che convenga
« lasciare aperta la via, perchè all'occorrenza del caso SI POS-
« SANO PRESCRIVERE MISURE CONSERVATORIE; è accettato il concetto
« a cui s'inspira la seguente proposta di uno dei commissari
« (MANCINI) che, cioè, si aggiunga alla mentovata Sezione un ar-
« ticolo così concepito:

« *Eseguito il deposito dei testamenti olografi, i medesimi*
« *avranno effetto, salvi i provvedimenti conservatorii del Tri-*
« *bunale, in caso d'impugnazione e nel caso in cui nell'atto*
« *stesso del deposito il Giudice creda urgente darli o promuo-*
« *verli mediante all'uopo rinvio d'ufficio al Tribunale mede-*
« *simo.* » *Verbale 31 seduta antim.* del 13 Maggio 1865, pag.
355. e seg.)

B) *Le disposizioni del Codice civile italiano in confronto a quelle del Codice francese*

Ed ecco nella solenne discussione avvenuta in seno alla *Commissione speciale di coordinamento* — investita per l'articolo

2 della legge 2 aprile 1865 della suprema *facoltà d'introdurre,* nel progetto di codice civile approvato dai due rami del Parlamento, *le modificazioni necessarie per coordinarne in ciascuna materia le particolari disposizioni, sì nella sostanza che nella forma, col sistema e coi principii direttivi adottati* — la genesi e la interpretazione autentica dell'articolo 914. Fu respinta da un canto la proposta Mancini, tendente a stabilire una differenza notevole nel valore probatorio del testamento olografo secondochè fosse o no adempita dal testatore la formalità del deposito presso notajo, perchè riconosciuta incompatibile colla soppressione dell'articolo 798 del progetto, col quale si ordinava la formalità del deposito obbligatorio del testamento olografo; e fu ammesso dall'altro concordemente il principio che, avvenuto il deposito del testamento olografo, sia volontariamente vita sua durante da parte del testatore (articolo 913 Codice civile), sia necessariamente sempre dopo la di lui morte sopra istanza delle persone interessate (articolo 912), dovesse il medesimo ricevere la sua esecuzione appunto perchè, secondo ebbe ad esprimersi l'illustre Pisanelli, le cui idee furono pienamente accolte dalla Commissione, *una volta operato il deposito, il testamento olografo non ha un valore minore o diverso da quello attribuito a qualunque altra specie di testamento, fino a tanto che quegli che lo impugna non ne abbia dimostrata la falsità,* (Loc. sopra cit.)

Da siffatti concetti e con siffatti intendimenti ebbe origine l'articolo 914 del codice civile italiano, il quale così trova la sua interpretazione autentica nell'ampia discussione onde fu preceduta e determinata la sua nascita. Il testamento olografo, in conseguenza del regolare deposito avvenuto presso notajo alla presenza dei testimoni e coll'intervento del pretore che ne fa la verifica sommaria, riceve *la sua esecuzione* al pari delle altre

forme di testamento, pel motivo essenziale appunto che a favore di esso milita la presunzione di verità, e che chi ne allega la falsità deve provarla. Potrà il magistrato, nella pienezza dei poteri discrezionali conferitigli dalla legge, sospendere gli effetti della esecuzione ordinando dei *provvedimenti conservativi a cautela degl' interessati,* laddove *in prima figura* si accorga che il testamento sia colpito da vizii manifesti di falsità (art. 914); ma senza di ciò e prima di ciò avrà sempre il testamento olografo, legalmente depositato, la sua piena esecuzione, per effetto della presunzione di verità che, adempiute le condizioni e formalità prescritte dalla legge, milita in favore di esso.

Di fronte al testo formale dell' art. 914, che risolve implicitamente la quistione circa il valore probatorio del testamento olografo legalmente depositato, e di fronte alla interpetrazione autentica fornita direttamente, per testimonianze così solenni, da coloro stessi che ne furono gli autori — poichè *ejus est interpretare legem, cujus est condere (Leg.* ult. *cod. de legibus,* I, 14) — non può rimanere assolutamente traccia veruna di dubbio che l' onere della prova spetti a colui che impugna la verità del testamento olografo, non all' erede scritto nel medesimo. E siffatta interpetrazione, giuridicamente logica e naturale al tempo istesso, tanto più si porge imperiosa ed inconcussa, in quanto il legislatore italiano, conoscendo pur troppo la viva controversia dibattutasi così nella dottrina come nella giurisprudenza, sotto il dominio del codice napoleonico, volle risolverla testualmente adottando l' opinione professata, con costanza unica più che rara, dalla Cassazione francese. Le autorevoli dichiarazioni sopra citate, fatte dal Pisanelli nel seno della *Commissione di coordinamento* e da essa pienamente accettate, offrono di ciò ineluttabile testimonianza.

Ma questo non è tutto. Soccorrono a dovizia in sostegno della

nostra tesi ben altri argomenti e decisivi tratti da innovazioni sostanziali apportate, in questa parte, dal legislatore italiano al codice napoleonico, sotto il cui dominio la Cassazione francese ha persistito sempre nel mantenere quella giurisprudenza che, nell' attuale controversia, s' invoca in presenza delle felicissime innovazioni seguenti apportate dal legislatore italiano.

1) La prima sostanziale innovazione, felicemente apportata dal legislatore italiano alle disposizioni del legislatore francese, sta in ciò. Il legislatore francese nel § 1 della *Sezione III capitolo VI, titolo III, libro III,* adopera l'espressione *Titre* AUTHENTIQUE, e nell'art. 1317 e segg. quella di *Acte* AUTHENTIQUE, per denotare *l' atto ricevuto colle solennità richieste da pubblici ufficiali autorizzati ad istrumentare.* Il legislatore Italiano invece, tanto nel § 1 della *Sezione I capo V; tit. IV libro III,* quanto nell' art. 1215 e segg. per denotare *l' atto ricevuto colle richieste formalità da un notajo o da altro pubblico uffiziale autorizzato, nel luogo dove l' atto è seguito, ad attribuirgli pubblica fede,* adopera l' espressione: *Atto* PUBBLICO. Questa meditata correzione di linguaggio apportata dal legislatore italiano, il quale quasi sempre ha seguito altrove lo stesso linguaggio adoperato dal legislatore francese, è troppo eloquente per dimostrare come nella mente del patrio legislatore siasi appalesato distinto il concetto di *atto pubblico* da quello di *atto autentico* nel significato comune della parola. L' atto *pubblico* è di per sè atto *autentico,* perchè compiuto colle prescritte *formalità;* ma più che atto *autentico* è atto *pubblico,* essendo il medesimo ricevuto dal notajo o da altro pubblico uffiziale. Mentre vi possono essere degli atti, come il *testamento olografo,* che, appunto perchè compiuti colle formalità solenni prescritte dalla legge, sono atti *autentici;* ma non perciò sono *pubblici,* una volta che non sono ricevuti da pubblico uffiziale. Per impugnare i primi

occorre sempre la *querela di falso;* per impugnare, invece, i secondi basta l'adoperare i mezzi ordinarii per la verificazione della scrittura. Gli uni e gli altri fanno fede perchè atti *autentici,* ma non con la medesima intensità; ed in ciò sta la differenza tra l'una e l'altra categoria di atti, che sono del pari *autentici* appunto perchè fatti coll'osservanza delle formalità solenni prescritte dalla legge.

Fece qualcosa in verità il legislatore francese per correggere il linguaggio improprio adoperato, relativamente alla prova delle obbligazioni, nella materia del testamento; giacchè nell'art. 969 dice: « Un testament pourra étre olographe, ou fait par *acte* « *public* ou dans la forme mistique »; e nell'art. 971; « Le testa- « ment par *acte pubblic* est celui qui est *reçu* par *deux notaires,* « en presence de deux temoins, ou par un *notaire* en présence « de quatre temoins. » Ma inutilmente, giacchè, non potendo il testamento olografo qualificarsi atto *autentico* ai sensi dell'art. 1317 del codice francese, appunto perchè non ricevuto da notajo; hanno buon giuoco gli scrittori contrarii, per sostenere che il medesimo debba considerarsi di necessità semplice scrittura privata. La medesima confusione non è possibile sotto l'imperio del codice civile italiano; il quale, definendo testualmente nell'articolo 1315, l'atto *ricevuto da notajo* per *atto pubblico,* riconosce già implicitamente che fra *l'atto pubblico* e la *scrittura privata* propriamente detta suol esservi una forma giuridica intermedia, che è precisamente quella dell'*atto autentico.* Ciò proclamò solennemente la Cassazione di Roma con arresto dell'8 novembre 1882, nella causa *Finanza* c. *Laurini,* che di qui a poco si avrà occasione di citare, riconoscendo la natura essenziale di *atto autentico* nel testamento olografo legalmente depositato (*Foro ital.* Vol. VIII anno 1883, parte I, pag. 82 e segg.) E se vi sono tuttavia in Italia scrittori e magistrati, che,

dal fatto di non poter qualificare il testamento olografo legalmente depositato *per atto pubblico*, argomentano che debba il medesimo qualificarsi semplice *scrittura privata;* ciò ha luogo unicamente come reminiscenza della dottrina di certi scrittori francesi, le cui orme spesso si calcano servilmente senza rendersi conto prima delle innovazioni apportate dal legislatore italiano alle disposizioni del Codice napoleonico.

2) Altra differenza sostanziale tra il codice francese e l'italiano è questa. Il codice francese, attingendo completamente in tal parte ai principii del diritto consuetudinario — presso cui era in onore la massima: *institution d'héritier n'a point lieu, on naît héritier, on ne le devient pas; Dieu seul peut faire un héritier, l'homme ne le peut* — riconobbe la qualità di erede soltanto nei successori del sangue, negandola del tutto alle persone chiamate a succedere per testamento. Tali persone, anche quando le disposizioni a loro favore abbracciano la totalità del patrimonio, non sono che *legatarii universali* (art. 1002 e 1003 cod. civ. francese); e ad esse, non pure manca sempre in modo assoluto il titolo e la qualità di *eredi,* ma si nega eziandio la *saisine* di pieno diritto laddove concorrano con eredi riservatarii, verso di cui debbono rivolgersi per ottenere l'immissione nel possesso dei beni successorii. *Lorsque au décès du testateur il y a des héritiers auxquels une quotité de ces biens est réservée par la loi,* CES HÉRITIERS SONT SAISIS DE PLEIN DROIT, *par sa mort, de tous les biens de la succession; et le* LEGATAIRE UNIVERSEL EST TENU DE LEUR DEMANDER LA DELIVRANCE DES BIENS *compris dans le testament.* » (art. 1004 Cod. franc.). Basta questo semplice richiamo, perchè balzi subito agli occhi l'assoluto predominio che la successione intestata esercita sopra la testamentaria nella legislazione francese; e per convincersi altresì dei vantaggi e delle preferenze notevoli accordate dal legislatore

ai successori del sangue, in rapporto ai successori testamentarii. Ond' è che riesce spiegabile, quand' anche non possa giustificarsi, la dottrina di quegli scrittori che sostengono sotto l' impero del codice francese competere al legatario universale scritto nel testamento olografo, non al successore del sangue che l' impugna, l' onere della prova circa la verità del medesimo; ed è sopra tale argomentazione ch' essi fanno capitale assegnamento, per sostenere la loro tesi (V. AUBRY e RAU, vol. VIII, § 669 nota 7, pag. 109 e segg.; LAURENT, XIII, n. 232 e 233).

Diametralmente opposto è il principio da cui prende le mosse il legislatore italiano. Ispirandosi da una parte al concetto che la successione legittima si fonda sopra la volontà presunta dell' uomo, mentre fondamento della successione testamentaria ne è la volontà espressa; e dall' altra, facendo ritorno alla pura dottrina del diritto romano — che trova la sua formola esatta nel seguente responso del giureconsulto Pomponio: *Verbis legis XII Tabularum* his: UTI LEGASSIT SUAE REI ITA JUS ESTO, *latissima potestas tributa videtur et* HAEREDIS INSTITUENDI *et legata* etc. (fr. 120 Dig., *de verb. signif.,)* — riconobbe la qualità di erede, non solo nel successore del sangue, ma formalmente altresì nel successore testamentario a titolo universale (art. 760 cod. civ. italiano); come riconobbe ugualmente, a differenza del codice francese, la trasmissione *ipso jure* del possesso relativo ai beni successorii tanto per l' una quanto per l' altra categoria di eredi (art. 925 cod. civ. ital.). Si spinse anzi più oltre il legislatore italiano; giacchè mentre il legislatore francese, seguendo le tracce del diritto consuetudinario, accorda riguardi e preferenze al successore legittimo di fronte al testamentario, il legislatore italiano invece, seguendo la dottrina tradizionale del diritto romano, dà la preferenza alla successione testamentaria sopra la legittima disponendo in termini molto eloquenti

nell' art. 720: *non si fa luogo alla successione legittima, se non quando manchi in tutto o in parte la testamentaria.* Anche sotto tale aspetto, quindi, avuto riguardo che, secondo il legislatore italiano, i successori testamentarii meritano riguardi e preferenze di fronte ai successori legittimi — lo che nelle specie non è, perchè i signori Tirendi riuniscono a un punto la qualità di *eredi legittimi* e *testamentari,* mentre il Signor Fiorini non è che un sedicente *erede fiduciario* del pari per *testamento olografo* — si presenta del tutto insostenibile la dottrina opposta che può almeno scusarsi sotto l' impero del codice civile francese.

3) Una terza ragione potentissima di differenza finalmente tra il codice francese e l' italiano consiste in ciò, che, secondo il codice francese il legatario universale istituito per testamento olografo o segreto, a differenza di quello istituito per testamento pubblico che, quando manchino successori aventi diritto a riserva, viene di pieno diritto investito dal possesso dei beni lasciati dal testatore — *saisi de plein droit* — (art. 1006 *codice francese)* è tenuto sempre a farsi immettere nel possesso dei beni successorii mediante un' ordinanza del magistrato emanata sopra di lui istanza (art. 1008 cod. franc.). Secondo il legislatore italiano invece il possesso dei beni lasciati dal defunto passa di pieno diritto nell' erede, qualunque sia la forma del testamento col quale viene il medesimo istituito, essendo assoluta in proposito la disposizione dell' art. 925; ed avendo d' altro canto il legislatore italiano riconosciuto espressamente nel testamento olografo quella stessa giuridica efficacia posseduta dal testamento per atto di notajo. Vien così eliminato qualsiasi dubbio in proposito, essendo stabilito in termini precisi che il testamento olografo legalmente depositato presso notajo riceve la *sua piena esecuzione* (art. 914).

Era stato di già proposto nella Commissione di coordinamento dal Miraglia che, trattandosi di testamento olografo, dovesse rilasciarsi dal giudice di mandamento l' ordinanza d' im-

missione in possesso all' erede istituito, giusta l' art. 1008 del codice francese e l' art. 934 del napoletano, secondo cui solo in tal modo era rivestito di forma esecutiva il testamento olografo. Ma in occasione di siffatta proposta ebbe luogo una solenne dichiarazione da parte del Pisanelli, che fu accolta completamente dalla Commissione di coordinamento; ed alla cui efficacia si dee se fu respinta l' altra proposta fatta dall' illustre Mancini, onde sopra fu fatto cenno, e se venne redatta la disposizione formale dell' art. 914. Si legge difatti nei *Processi verbali* quanto segue:

« A questo riguardo taluno (PISANELLI) osserva che le con« siderazioni Miraglia suppongono la sussistenza di un sistema « diverso da quello proclamato nel progetto di codice in esame, « secondo cui *il possesso dei beni del defunto passa di diritto « nella persona dell' erede, (sia esso legittimo sia testamentario,* « e QUALUNQUE ANCHE SIA LA FORMA DEL TESTAMENTO) senza biso« gno di materiale apprensione. Con questo sistema potrebbe egli « il giudice rifiutarsi d' immettere in possesso il portatore di un « testamento olografo? No, certo: dunque la sua ordinanza si « ridurrebbe ad una semplice formalità, se pur non vogliasi « dire che, col richiedere una simile ordinanza, si finirebbe per « rinnegare il testamento olografo, il quale deve AVERE LA STESSA « FORZA dei testamenti fatti con forma solenne. Potrà talora « nascer dubbio sulla verità del testamento olografo, *ma intanto « e finchè non abbia avuto luogo un regolare giudizio* SI DEVE « SUPPORLO VERO. » (*Verbale* XXXI, pag. 354 e 355).

C) *Argomenti giustificativi del sistema inconcusso adottato dal legislatore italiano.*

Di fronte a così meravigliosa concordanza dei precedenti storici, delle testuali disposizioni legislative e delle solenni

dichiarazioni fatte dai compilatori del codice civile nello scopo di risolvere appunto la presente quistione, riesce superfluo qualsiasi altro nuovo argomento a sostegno della nostra tesi. Ma pure ve ne sono altri e decisivi che, mentre giustificano in sommo grado la dottrina consacrata dal legislatore italiano circa l'efficacia probatoria del testamento olografo, servono, ancora una volta, a confermarla in tutta la sua pienezza. Ci limitiamo ad enunciarli semplicemente, per non eccedere troppo i confini di questo lavoro.

Il legislatore italiano, seguendo e completando la dottrina del codice francese, ha richiesto l'osservanza rigorosa di condizioni e di formalità solenni pel testamento olografo; adempiute le quali e fatta regolare verifica di tale adempimento da parte del magistrato, crea una presunzione di verità in favore del medesimo. È sopra la base di siffatta presunzione che lo dichiara esecutivo al pari degli altri testamenti (art. 914 *cod. civ.; Processi Verbali* pag. 354 e segg.) L'erede scritto in un testamento olografo, adunque, non dee fare alcuna prova, possedendo di già un titolo a favore di cui milita la presunzione della verità, e come tale dichiarato esecutivo dal legislatore. Se vi ha qualcuno che l'impugna, incombe a lui l'obbligo di provarne la falsità.

Ma nell'intervallo, *finchè non abbia avuto luogo un regolare giudizio,* secondo l'energica espressione del Pisanelli, *si deve supporre vero il testamento olografo* (loc. sopra cit.). Solo una facoltà discrezionale concede il legislatore al magistrato, quella di sospendere gli effetti dell'*esecuzione*, ordinando dei provvedimenti conservativi a cautela delle persone interessate. (art. 914). Ma in mancanza di siffatti provvedimenti conservativi, emessi dal magistrato quando, *ex prima facie,* si accorge che il testamento olografo presenta vizii talmente palesi da rendere dubbio se sia esso l'opera del testatore, il medesimo riceve sem-

pre la sua efficacia esecutiva, appunto perchè supposto vero fino a prova contraria.

Consacrando un sistema così logico e semplice al tempo istesso, il codice civile italiano ha compiuto un atto di vera sapienza legislativa, e si è uniformato strettamente ai più elementari ed imperiosi principii di diritto. Nè, ammettendo tra le forme di testare quella del testamento olografo entrata di già nelle abitudini della vita comune, poteva, senza consumare contraddizioni ed arbitrii, applicare circa l'efficacia probatoria ed esecutiva del medesimo le norme relative all'efficacia probatoria ed esecutiva della semplice scrittura privata.

Difatti — prescindendo da quanto sopra fu detto intorno alle condizioni e formalità essenzialmente diverse, la cui osservanza è richiesta dalla legge secondochè trattasi della semplice scrittura privata, per la quale occorre unitamente la *sottoscrizione* del debitore (art. 1320 e segg.); ovvero del testamento olografo, il quale solo allora esiste giuridicamente quando sia *scritto sottoscritto e datato* per *intero* di mano del testatore, obbligato pure a mettere in fine delle disposizioni la sua *sottoscrizione* (art. 775 e 804), e solo allora riceve la sua giuridica esecuzione quando, dopo la morte del testatore, sia depositato presso notajo alla presenza dei testimoni e del pretore che ne fa la verifica (art. 912 e 914) — vi sono benanche altre sostanziali ragioni di differenza fra le due specie di atti giuridici, che servono a giustificare mirabilmente la diversa efficacia giuridica e probatoria del testamento olografo e della semplice scrittura privata.

1.) La scrittura privata ordinariamente suol essere prodotta in giudizio contro la persona stessa del debitore che l'ha scritta o sottoscritta; per guisachè il supposto autore della scrittura o della sottoscrizione, trovandosi presente in giudizio, può, con piena cognizione di causa, riconoscere o negare il proprio carat-

tere o la propria sottoscrizione (Art. 1320 e seg. cod. civ.). E la sua asserzione merita fede: sia perchè nessuno meglio di lui è in grado di conoscere il proprio carattere o la propria sottoscrizione; sia perchè milita in suo favore una presunzione ben più alta, quella cioè che *unusquisque praesumitur bonus et honestus donec contrarium probetur*. Come pure, anche quando la scrittura privata vien prodotta contro gli eredi od aventi causa del firmatario, si palesa giusta la massima legislativa che non debba la medesima far fede prima che sia da loro riconosciuta: in quanto, trattandosi da un canto che tutto il valore della scrittura privata consiste di solito nella semplice firma, senza che occorra l'adempimento di verun'altra formalità; ed essendo facile dall'altro la contraffazione; non vi ha guarentigia efficace di veridicità riguardo alla scrittura, se prima non sia essa riconosciuta o verificata.

Accade precisamente l'opposto nel caso del testamento olografo. Da un canto la persona del testatore non è mai presente in giudizio, potendo contendersi della validità e dell'autenticità di esso solo dopo la morte del testatore; e dall'altro nell'osservanza rigorosa delle condizioni e formalità solenni stabilite dalla legge, nonchè nella verifica sommaria fattane dal magistrato, si ha la guarentigia legale che esso sia veramente l'opera del testatore. Tutto, almeno in apparenza, concorre a che il medesimo sia ritenuto tale. Nulla quindi dee provare l'erede scritto, giacchè possiede un titolo che ha tutte le apparenze della verità, ed ha ricevuto il suggello dell'autorità mediante la verifica sommaria fattane dal magistrato. È obbligato invece chi l'impugna a fare la prova della falsità; ma fino a che tale prova non è fatta dee militare, a differenza della semplice scrittura privata, in favore del testamento olografo legalmente depositato la presunzione della verità.

2.) Ed in secondo luogo non bisogna dimenticare che il te-

stamento, qualunque sia la sua forma, è quell'atto supremo destinato a regolare, nella loro totalità, tutto il complesso dei rapporti patrimoniali onde in vita trovavasi legato il testatore, designando le persone che debbono giuridicamente rappresentarlo dopo morto, e la misura della rappresentanza: *voluntatis nostrae justa sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit* (fr. 1. Dig., *Qui testam. facere possunt* XXVIII. 1). Il testamento olografo, adunque, una volta che trovasi ammesso dal legislatore allo scopo naturalmente di produrre quegli stessi effetti, che sogliono produrre le altre forme di testamento per atto di notajo circa il modo di regolare la successione del defunto nella molteplicità dei rapporti giuridici cui dà luogo, uopo è di necessità che sia rivestito, quando sono strettamente adempiute le formalità prescritte dalla legge, di una efficacia probatoria tale che possa fare stato riguardo a tutti, fino a che non sia provato il contrario. È questa una conseguenza indeclinabile della sua natura di atto solenne a titolo universale. Imperocchè se pel testamento olografo, malgrado la rigorosa osservanza delle formalità prescritte dalla legge, dovessero applicarsi le norme relative alla semplice scrittura privata, secondo cui l' obbligo di fare la prova della veridicità competerebbe all' *erede scritto,* ne verrebbe la necessità che costui, trovandosi continuamente in rapporto, per la sua qualità di successore a titolo universale — *successor in universum jus defuncti* — con un numero indefinito di persone quante sono quelle che possono aver avuto relazioni di diritto col testatore, dovrebbe ripetere la prova circa la veridicità del testamento di fronte a ciascuna di esse; giacchè fatta riguardo ad una non avrebbe, come *res inter alios acta,* valore giuridico di sorta di fronte alle altre. Onde la conseguenza, certamente anormale ed assurda, che la posizione giuridica dell' erede scritto in un testamento olografo non potrebbe giammai, col sistema contrario,

dirsi sicura una volta che il medesimo, data l'impugnazione del testamento da parte di qualsiasi persona, dovesse ripetere la prova della veridicità di esso. Or, anche in vista di effetti giuridici così anormali ed assurdi, trovavasi costretto il legislatore a stabilire la presunzione di verità in favore del testamento olografo, posto in essere colla scrupolosa osservanza delle formalità prescritte dal medesimo, e regolarmente depositato presso notajo dopo la morte del testatore.

3) Un' ultima ragione perentoria, che vale a suggellare definitivamente quanto sinora fu detto, è questa. Il legislatore italiano, mediante l' art. 914, equipara perfettamente l' efficacia giuridica e probatoria del testamento olografo nei due casi degli articoli 912 e 913, una volta che dispone in termini espliciti: *adempite le formalità stabilite dai due precedenti articoli, il testamento olografo avrà la sua esecuzione.* Or nel caso dell' art. 913 si ha il fatto notevole, che il testamento olografo trovasi *depositato direttamente dal testatore presso notajo;* il quale perciò, come pubblico uffiziale, dichiara solennemente di averlo ricevuto dal testatore in persona. Sarebbe veramente strano ed assurdo che il legislatore dovesse, questa volta, negare alla dichiarazione del notajo quella fede che in altri casi ampiamente gli accorda, sol perchè il testamento olografo non vien riconosciuto ed è impugnato da una persona interessata qualsiasi. Non essendo concepibile siffatto assurdo, uopo è inferire che il legislatore italiano, dichiarando del pari *esecutivo*, mediante l' art. 914, il testamento olografo, tanto se il deposito presso notajo abbia luogo dopo la morte del testatore, quanto se abbia luogo direttamente per opera del testatore medesimo; lo *presuma vero* finchè non sia provato il contrario. Questo concetto del legislatore del resto erompe nitido ed inconcusso dalla memoranda discussione sopra ricordata avvenuta in seno alla Commissione speciale

di coordinamento intorno alla proposta Mancini, colla quale l'illustre giureconsulto voleva che, laddove *il testamento olografo fosse depositato presso pubblico ufficiale competente, la prova della* FALSITÀ *avrebbe dovuta farsi dalla persona che lo impugnava; e che riguardo al testamento olografo non depositata la prova della* VERITÀ *avrebbe dovuto invece essere fatta dalla persona che lo produceva.*

Tale proposta venne respinta in base alla considerazione che, non essendo richiesta la formalità del deposito, identica dovea essere l'efficacia giuridica e probatoria del testamento olografo: tanto se fosse depositato direttamente dal testatore presso notajo, quanto se fosse depositato dopo la sua morte sopra istanza delle persone interessate. Avverato in qualunque modo il deposito, l'efficacia giuridica e probatoria del testamento olografo è sempre la stessa: esso sarà reputato vero, e come tale avrà la sua esecuzione finchè non sia provata la falsità da colui che l'impugna; ovvero non siansi ordinati provvedimenti conservativi da parte dell'autorità giudiziaria, nello scopo di sospendere gli effetti della esecuzione. Così nacque ed è questo il significato giuridico inconcusso dell'art. 914, che dichiara del pari esecutivo il testamento olografo: tanto se sia depositato direttamente dal testatore presso notajo, quanto se sia depositato regolarmente dopo la di lui morte sopra istanza di chiunque ne abbia interesse.

D) *Quel che scrive bellamente il Franchetti su tale argomento.*

Non è soverchio ricordare i termini, onde bellamente si esprime il Franchetti esponendo la teoria del codice italiano intorno al valore probatorio del testamento olografo depositato.

« Quando il testamento, egli scrive, sia stato depositato

« presso il notaro in presenza del pretore e de' testimonii, e ciò « risulti dal processo verbale regolarmente compilato, *colui che « l'impugna, chiunque siasi, evidentemente si fa attore, ed è « in obbligo di provare ciò che asserisce.*

« Ma questo principio medesimo mai potrà avere eccezione?

« L'art. 914 autorizza il pretore, nell'atto del deposito, ad « ordinare per urgenza i provvedimenti conservativi che stimi « necessari a cautelare gl' interessati. Or l'effetto di questi *prov- « vedimenti conservativi* non sarà soltanto di sospendere l'e- « secuzione del testamento; ma, venendo prima che le formalità « prescritte sieno tutte regolarmente compiute, essi impediranno « che sussista un vero e proprio testamento, riconosciuto co' « riti determinati dal Codice.

« Invero quando il pretore medesimo, giudicando che la « carta presentatagli per il deposito non porge sufficienti gua- « rentigie di sincerità, vieta che pel momento si traducano in « fatto le disposizioni contenute nella cedola medesima; egli, non- « chè integrarne la forma probatoria, ne pone in dubbio persino « l'indole genuina. A chi fonda sovr' essa le proprie ragioni « tocca dunque in questo caso a dimostrarla vera ed autentica, « nonostante le contrarie apparenze; e tanto l'attore quanto il « reo convenuto possono allora sostenere i propri asserti anche « con argomenti estrinseci all' atto impugnato.

« In fatti la regola, che più sopra abbiamo mentovata, vale « solamente quando vi sia un testamento legalmente eseguibile; « ma nella nostra ipotesi vi ha soltanto un foglio di dubbia fede « che non può fornire una conferma a sè stesso, mentre anzi « chiude in germe nel proprio seno la prova di un qualche vi- « zio. Andiamo più oltre. Se dal verbale del deposito ordinato « nell' art. 912 colla massima solennità nella forma e le più « minute indicazioni nella sostanza, risulterà che nacquero legitti-

« mi sospetti di alterazione o di frode; quando anche il pretore
« non avesse per avventura presi i provvedimenti conservativi,
« riserbando tale uffizio alla superiore autorità giudiziaria, il
« foglio presentato non potrà fino a prova contraria considerarsi
« un vero testamento olografo, nè cesserà di essere attore chi
« ne dimanda l'esecuzione, libera sarà pure in tal caso per
« ambo le parti la scelta de' mezzi, tanto all'offesa quanto alla
« difesa.

« Come si vede noi diamo molta importanza al fatto *del*
« *deposito e al processo verbale steso in forma pubblica* che
« deve attestarlo. Al che ci persuadono le espressioni ed i con-
« cetti dell'art. 912 raffrontati co' principii della scienza, ed il
« sistema generale della nostra legislazione sulle successioni e
« sulle forme testamentarie.

« Anche i Romani, come abbiam veduto di sopra, ritenevano
« degni di esecuzione i testamenti che non avessero vizii visibili,
« sebbene poi potessero essere invalidati per qualsiasi difetto di
« forma o di sostanza: « *Sive falsum, sive ruptum, sive irri-*
« *tum dicatur esse testamentum, salva rerum disceptatione,*
« *scriptus heres jure in possessionem mitti desiderat* ». Così
« scriveva Paolo (*Recept. sententiae,* libr. III, tit. 5, § 14) vi-
« gente l'editto di Adriano; abolendo il quale Giustiniano non
« mutò sostanzialmente, per questo rispetto, lo stato delle cose.
« Anzi, ordinando che in caso di opposizione si ventilasse e si
« decidesse la causa in competente giudizio, significò pure essere
« un fatto compiuto l'immissione provvisionale a pro dell'erede
« scritto nel testamento che presumevasi legittimo, e considerò
« l'altro come un *contraddittore* quand' anche fosse stato ante-
« riormente detentore dei beni litigiosi. « *Sive autem aliquis*
« *contradictor extiterit tunc in judicio competenti causae in*
« *possessionem missionis et subsecutae contradictionis venti-*

« *lentur, et ei possessio acquiratur qui potiora ex legitimis* « *modis jura ostenderit, sive qui missus est, sive qui antea* « *detinens contradicendum putavit* ». (L. 2 Cod. *de edicto D. Hadriani tollendo ed quemad. scriptus haer. in poss. mittat.).*

« A quest' ultimo spetta dunque di far valere nei modi le- « gali le proprie ragioni, cioè di provare che il testamento, « accolto per buono dal giudice, racchiude qualche causa di « nullità intrinseca, e però non merita fede; esso invero ha omai « per sè una presunzione di dritto, e attore è colui che lo impugna.

« Questa è la procedura additata dalla legge 11 del Codice « Giustinianeo, nel titolo delle prove dove è detto, per bocca « degl' imperatori Diocleziano e Massiminiano: « *Si scriptum* « *haeredem ab amita tua vel testamenti vitio, vel quacumque* « *alia ratione non posse obtinere haereditatem probari a te* « *posse confidis de hac haereditate, apud rectorem provinciae,* « *agere potes* ». (L. 11, Cod. *De probationibus* IV, 191). FRANCHETTI. *Del Testam. olografo,* Annali di Giurisprud. vol. I. Rivista pag. 156, 157.

E) *Responsi della patria giurisprudenza*

In questo senso, comunque non ancora possa dirsi stabilita la concordia della patria magistratura, possono invocarsi tuttavia monumenti solenni ed autorevoli di una prevalente giurisprudenza. Hanno ritenuto infatti, con gran copia di argomenti e di dottrina, che *il testamento olografo regolarmente depositato presso notajo fa fede in favore dell' erede scritto e che l' obbligo di provarne la falsità sta a carico di colui che l' impugna,* nei loro rispettivi pronunziati: la *Corte di Appello di Lucca,* 1 aprile 1870, *Annali di Giurisprudenza* vol. IV, parte 3. pag. 64; *Corte di Appello di Torino,* 28 marzo 1870, *Annali,*

IV, 3. *pag.* 337; *Corte di Appello di Firenze,* 12 settembre 1872, ibid. VII, 3, 61; *Corte di Appello di Lucca,* 10 maggio 1874, *Legge,* an. 1874 vol. I, pag. 912; *Cassazione di Napoli,* 27 novembre 1875, *Annal.* vol. X, pag. 70; *Corte di Appello di Trani,* 11 maggio 1876, *Legge* an. 1877, I, pag. 123; *Corte di Appello di Venezia,* 19 maggio 1876, *Annali* vol. X, 3, 225.

Questa medesima opinione pare abbia implicitamente adottato anche la Cassazione di Palermo; giacchè, con arresto del 18 febbraio 1879 nella causa *Cacopardo* c. *La Via,* si esprimeva in questi termini:

« La Corte di Appello non constatò *in fatto* che *l'olografo* « del Santo La Via *fosse stato già con le forme di legge de-* « *positato*; *del che* non si ha prova negli atti, nè di una tal « circostanza si valse per considerare *come legalmente ricono-* « *sciuto quel testamento.* Onde è vano in questa sede di ricor- « rere alla teoria, che la scrittura privata fà fede anche contro « i terzi, nel caso in cui essa *probat rem ipsam.* Dovendo all'in- « contro nello stato delle cose ritenere che la non ricognizione « della scrittura fosse stata fatta dal signor Cacopardo contro « *l'olografo ancora non depositato,* negar non gli si poteva il « dritto di fare accertare che quella scrittura era veramente « della persona a cui si attribuiva » (*Circolo giuridico,* vol. X, parte 2, pag. 253 e segg.).

La Cassazione di Roma poi, con recente pronunziato dell'8 novembre 1882, ha consacrato la massima, che *il testamento olografo regolarmente depositato presso notajo è un atto* AUTENTICO, *e quindi il riconoscimento dei figli naturali in esso contenuto è valido ed efficace.* Ecco precisamente i termini onde si esprimeva il Supremo Collegio della capitale per giustificare la sua tesi:

« Considerando, a questo *ridotto* l'esame, che per quanto

« si possa dubitare, se la cedola di un testamento olografo, vale
« a dire quella *testatio supremae voluntatis* scritta per intiero,
« datata e sottoscritta di mano del testatore, avanti che siansi
« adempite le formalità prescritte dalla legge per imprimerle
« il carattere di vero e proprio testamento, che, per mezzo
« delle formalità stesse, assume, sia un atto privato; sull' AUTEN-
« TICITÀ di quest' atto si dilegua ogni dubbio, quando, adempite
« le formalità, che ordinano gli articoli 912 e 913 del vigente
« codice civile (siccome adempite si verificano nel caso) l' atto
« stesso ebbe a rendersi *pubblico ed esecutivo,* per produrre
« cioè sotto il nome di testamento gli effetti stessi degli altri
« testamenti per atto di notaio, siano essi pubblici e segreti, cui
« certamente niuno ha mai negato, nè potrebbe negare la qualità
« di atto autentico all' effetto del riconoscimento dei figli naturali.
« È l' articolo 914 del patrio codice civile che dice: « Adempite
« le formalità stabilite dai due precedenti articoli, il testamento
« olografo avrà la sua esecuzione » — Ora se la legge, che ci
« governa, riconosce due forme ordinarie di testamento: l' olo-
« grafo ed il testamento per atto di notaio, (articolo 774) non vi
« sarebbe ragione, perchè la esecuzione e gli effettti dell' una
« specie di testamenti fossero negati all' altra, tanto più che
« effetti, anche di maggiore importanza, all' una e all' altra
« specie di testamento si vollero dalla legge accordare » *Foro Ital.* an. 1883 parte I. pag. 82 e segg.)

Ma è inutile finalmente invocare altre autorità, quando, a sostegno della nostra tesi, possiamo invocare l' autorità decisiva di questa stessa Corte di Appello che, con magistrale sentenza del 18 aprile 1876 pronunziata nella causa *Laudani* c. *Guzzardi,* — presidente Gallo, estensore De Paola, — dava pienamente ad essa il suo valido suffragio, in base a queste gagliarde considerazioni che meritano di essere trascritte nella loro integrità:

« Sopra chi ricada il peso di fare la verificazione del te-
« stamento olografo, fu nella scuola e presso i tribunali argo-
« mento di lunghe ed animate discussioni; e, tuttochè i redattori
« dell' odierno codice civile italiano intesero superare le diffi-
« coltá coi nuovi principii adottati in materia di successione e sul
« possesso immediato de' beni ereditarii, la quistione è altra
« volta apparsa.

« Osserva che comunque il testamento olografo sia soggetto
« a verificazione, come tutti gli altri atti in scrittura privata non
« riconosciuti, non pertanto adempite le formalità stabilite dagli
« articoli 912 e 913 Codice Civile, *avuta la sua esecuzione*
« *siccome un atto pubblico, è uopo distinguerlo dalla semplice*
« *scrittura privata* che si produce in giudizio a fondamento di
« una azione contro colui che non la riconosce o l' impugna.

« La esecuzione del testamento olografo, giusta l' articolo
« 914, ha talmente modificato la posizione giuridica delle parti,
« che l' erede *di sangue dee elevarsi ad attore, assumere tutto*
« *il peso della prova per rovesciare dal possesso l' erede te-*
« *stamentario.*

« È notevole che l' odierno codice civile non mantenne la
« prevalenza accordata dalle passate leggi *agli eredi di sangue*
« *sui testamentarii;* ma, stabilito il principio (720) di devolversi la
« successione per legge o per testamento, fu sollecito soggiun-
« gere: — non si fa luogo alla successione legittima se non
« quando manchi in tutto o in parte la testamentaria —

« Non dovea più oltre la libera volontà de' testatori soggia-
« cere a quella presunta dal legislatore. Sicchè, uguagliati gli
« eredi legittimi a quelli testamentarii intorno all' immediato
« possesso di tutti i beni dell' eredità, è disposto: che il possesso
« de' beni del defunto passa di diritto nella *persona* dello erede,
« senza bisogno di materiale apprensione (art. 925); e se altri,

« che pretenda avere diritto sopra beni della eredità, ne prende
« possesso, gli eredi si hanno per ispogliati di fatto e possono
« esercitare le azioni tutte che competono ai possessori legit-
« timi (926).

« Nell' erede testamentario adunque passa di diritto il pos-
« sesso di tutti i beni del defunto, e nella specie non vi sono
« legittimari; *nè la legge in vigore ha fatto distinzione di te-*
« *stamenti per la momentanea esecuzione:* DICAT TESTATOR *et*
« *erit lex.*

« E di vero, per la questione sollevatasi tra i coordinatori del
« codice civile italiano sulla efficacia del testamento olografo,
« avvenne la innovazione racchiusa nell' art. 914, cioè che, de-
« positato il testamento presso un notaio del luogo in cui si è
« aperta la successione, quel testamento avrà la sua esecuzione.

« Se per aversi la successione, siccome intestata e quindi
« il rilascio dei beni, bisogna spostare l' erede scritto, e *dimo-*
« *strare, che il testamento non sia di carattere del testatore,*
« *scuotere un titolo dalla legge dichiarato esecutivo,* INCOMBE
« l' ONUS PROBANDI ALL' EREDE LEGITTIMO: — dacchè egli trova
« altri nel possesso dei beni per virtù di un testamento *ministerio*
« *legis* eseguito. Nè vale assimilare il testamento olografo alle
« semplici scritture private, le quali non hanno forza probante
« se non sono riconosciute, e perciò stesso chi vuole valersene do-
« vrebbe provare la veridicità di esse. Il *testamento olografo*
« *non contiene nè convenzioni, nè obbligazioni contro gli eredi*
« *di sangue; espressione libera della volontà del disponente,*
« *la forma scelta gli è garantita dalla legge per altre e sin-*
« *golari considerazioni.*

« I primi giudici mostrano la loro esitanza nell' ordinare a
« carico degli eredi di sangue la verificazione, perchè *seducente*
« *attrattiva ai* FALSARI. *Eppure il testamento olografo si pre-*

« *sume vero fino a tanto che non è impugnato — Il* FALSO *è*
« *un' ECCEZIONE all' ordine comune delle cose, e l' esperienza*
« *ci fa sicuri di più testamenti veri che falsi, e della troppa*
« *facilità di negare la scrittura degli olografi.* Non riesce so-
« verchio avvertire, infine, che, malgrado le vecchie e le recenti
« argomentazioni sul dibattuto tema, v' hanno casi gravi e sin-
« golari ne' quali la giustizia e l' equità sospingono i magistrati
« a declinare il carico della verificazione sull' erede scritto, o di
« lasciarlo a cura della parte più diligente, allorchè tarda la im-
« missione in possesso o fosse stato lo effetto di una sorpresa, e
« per altre potissime circostanze e modalità di fatto: *ubi praecipua*
« *est justitiae, aquitatisque, quam stricti juris ratio (leg. 8,*
« *Cod. de judiciis,)* » — *Annali di Giurisprudenza* an. 1876
vol. X, Parte 3 (pag. 137 a 139).

§ 4.

Giustizia e convenienza ineluttabile di porre l' onere
della prova a carico del signor Fiorini.

Prescindendo dalla pura questione di diritto — la quale colla scorta dei precedenti storici, delle solenni dichiarazioni fatte dai compilatori del codice, dei responsi autorevoli della giurisprudenza, e finalmente colla scorta del codice stesso, debb' essere risoluta nel senso da noi sostenuto, che è quello appunto cui diede il suo valido suffragio questa Ecc.ª Corte di Appello — nella specie in esame concorrono ragioni speciali di altissima importanza ed altamente decisive, perchè l' onere della prova sia posto a carico del signor Fiorini.

Comunemente la lite suol contestarsi fra gli eredi legittimi

e l'erede scritto nel testamento olografo. Ond'è che per riguardo ai legami sacrosanti di natura da cui quelli sono, a differenza di quest'ultimo, legati verso il defunto, si sostiene dai fautori della tèsi opposta che debba l'onere della prova porsi a carico dell'erede scritto, anzichè dell'erede legittimo, che trova la sua chiamata direttamente nella legge, e più che nella legge nella natura stessa. Ma quì, per converso, trattasi che il Sig. Fiorini è un *sedicente erede fiduciario* anche per TESTAMENTO *olografo;* e diciamo ad arte *sedicente erede fiduciario*, perchè il medesimo coll'olografo del 17 gennaio 1880, riportato in principio, venne nominato appunto dal testatore ed in termini precisi *esecutore testamentario,* con incarico tassativamente determinato di *esigere e sorvegliare* sopra i beni del medesimo, per un certo tempo anche dal testatore direttamente fissato. In base a tali estremi credette questa Eccellentissima Corte di potergli attribuire la qualità di erede fiduciario, malgrado che nessuna chiamata o disposizione in detto testamento olografo del 17 gennaio 1880 ci fosse a favore del Fiorini. Ma contro la sentenza pronunziata in tal senso da questa Eccellentissima Corte di Appello il 22 dicembre 1882, ritenendosi violate tassative disposizioni di legge, fu proposto ricorso dagli eredi legittimi, tuttora pendente, presso la Cassazione di Palermo. Al contrario negli appellanti Signori Tirendi si cumula, al tempo istesso, la doppia qualità di *eredi testamentarii* per l'olografo posteriore del 10 Agosto 1880, e di *eredi legittimi* perchè, costituendo i congiunti più prossimi del defunto Sac. Tirendi, sarebbero essi, anche in mancanza di testamento, chiamati egualmente alla *successione intestata.*

Concorrono adunque tre ragioni supreme perchè l'onere della prova, in omaggio ai principii più elementari di equità e di giustizia, debba essere posto a carico del Sig. Fiorini.

1.° Innanzi tutto la ragione di ordine generale, dianzi ampiamente giustificata che il testamento olografo *regolarmente depositato presso notajo si presume vero* fino a che non sia provato il contrario; e che la prova della falsità dev' essere fatta in giudizio da chi ne impugna la verità.

2.° In secondo luogo poi la ragione speciale, di altissimo rilievo, che mentre il signor Fiorini nel precedente olografo del 17 gennaio 1880 fu nominato tassativamente dal testatore *esecutore testamentario* con incarico temporaneo di *esigere* e *sorvegliare* sopra i beni lasciati dal medesimo, senza chiamata o disposizione di sorta in di lui favore, e solo per effetto di una interpetrazione ancora discutibile qualificato *erede fiduciario;* i signori Tirendi al contrario, mediante il testamento olografo posteriore del 10 agosto 1880, vennero formalmente istituiti dal testatore EREDI UNIVERSALI *sopra tutti i beni urbani rusticani, mobili, mobilia, semoventi* etc.

3.° L' ultima ragione perentoria infine è quella che il Sig. Fiorini, anche dato e non concesso che debba qualificarsi *erede fiduciario,* lo è del pari per virtù di testamento *olografo;* mentre i Signori Tirendi, oltre ad avere la qualità di *eredi testamentari* per virtù di un olografo posteriore, rivestono altresì la qualità *di eredi del sangue,* come i più prossimi chiamati dalla legge a raccogliere la successione intestata del defunto Sac. Tirendi.

Lungi quindi dal concorrere quelle circostanze eccezionali di fatto, cui accennava sapientemente nell' ultima parte della sua dotta e magistrale sentenza, sopra riportata del 28 aprile 1876, questa Eccellentissima Corte di Appello, che possono indurre talvolta il magistrato a porre l' onere della prova a carico dell' erede scritto; concorrono invece nella specie, oltre alle ragioni di ordine generale, ragioni eccezionali supreme confermanti la regola, che l' onere della prova debba porsi a carico di colui

che impugna l'*autenticità* di un testamento olografo regolarmente depositato presso notajo.

Del resto, è bene ricordarlo, dai signori Tirendi qui s'invoca quel medesimo trattamento ch'ebbe il sig. Fiorini in base al testamento olografo anteriore del 17 gennajo 1880. Questo testamento olografo anteriore di data, per effetto del deposito presso notajo, ricevette la sua piena esecuzione, ed il signor Fiorini era persona *estranea.*

Perchè non deve avere, adunque, pari efficacia giuridica e probatoria il testamento olografo, posteriore di data e depositato con uguale regolarità presso notajo, col quale il testatore istituisce formalmente suoi eredi universali i signori Tirendi? Se ne allega la falsità dal signor Fiorini; ma non basta il semplicemente allegarla: uopo è che ne dia la prova regolare in giudizio: *reus in excipiendo fit actor.* I signori Tirendi, finchè tale prova non sia fatta, oltre al possedere la qualità di eredi del sangue che suggella la presunzione, debbono riputarsi *eredi testamentari* perchè scritti tali in un atto solenne, qual'è il testamento olografo, che, in seguito al deposito, la legge *dichiara esecutivo* appunto perchè lo *presume vero.*

Ma poi, quand'anche quest'Eccellentissima Corte di Appello voglia far uso dei poteri discrezionali che il legislatore le accorda, dovrà Ella, nella sua giustizia, convincersi pienamente, per necessità superiore di cose, come, laddove dubbio di falsità potesse sorgere, questo sorgerebbe più facilmente in ordine al testamento olografo invocato dal signor Fiorini, che riguardo a quello di cui si contende fatto a favore dei signori Tirendi. Imperocchè il signor Fiorini, sedicente erede fiduciario, oltre all'essere persona del tutto estranea al testatore, fu lui personalmente che produsse il testamento olografo del gennaio 1880, come *depositario* del medesimo. Or, quando si cumula la qualità di *erede*

e quella di *depositario* nella stessa persona, non è giammai ardito il sospetto della falsità.

Al contrario il posteriore testamento olografo del 10 Agosto 1880, nel quale vennero formalmente istituiti eredi universali i signori Tirendi, anche *successori del sangue,* fu affidato in deposito dal testatore a persona di sua fiducia; e da questa, sebbene un po' tardi, trasmesso direttamente, per mezzo di lettera raccomandata, al Pretore di Bronte che ne fece regolare deposito presso notajo.

Assolutamente infondata quindi *a priori,* laddove non sia prima chiaramente provata, si porge l'accusa di falsità slanciata, per puro espediente di difesa, contro di esso dal sig. Fiorini; mancando di già nel depositario, del tutto estraneo alle disposizioni del testamento affidatogli dal Tirendi, l'interesse ad alterare la scrittura e tanto più a foggiarne una di pianta. Cosa importa che la persona del depositario sia rimasta ignorata? Avrà avuto essa le sue ragioni per mantenersi tale, come il testatore nell'affidarglielo. Qui non si discute dei motivi, ma del fatto. E, laddove volesse discutersi dei motivi, questi si trovano subito: *nel desiderio reiteratamente manifestato dal testatore di tenere occulte le sue disposizioni di ultima volontà, essendo grande intorno a lui la ressa dei pretendenti; e nella timida, ma legittima pretesa del depositario di sottrarsi, tenendo celato il suo nome, alla collera, certamente scusabile, del signor Fiorini, che si sarebbe visto, con esso, sfuggire di mano un considerevole patrimonio ereditario, dopochè credevasi sul punto di averlo conquistato.*

Ponendo da canto, del resto, qualunque considerazione più o meno astratta, sta vittoriosamente contro il signor Fiorini un fatto inconcusso e decisivo a un punto; quello cioè che il testamento olografo in base al quale chiedono i sigg. Tirendi il

rilascio del possesso, indebitamente tenuto dal signor Fiorini, sui beni ereditarii, è quello stesso precisamente che il testatore Sac. Francesco Tirendi voleva depositare, come semplice privato, presso il notajo Giuseppe Aidala, e che questi si rifiutò a ricevere come persona privata, dichiarandosi pronto invece ad accettarlo in deposito nella qualità, che rivestiva, di *pubblico uffiziale*. Questo fatto essenziale trovasi dedotto nell' atto di appello. Potrà quindi la Corte Ecc.ª, nel caso lontano di dubbio, disporre che sia esibito l' originale testamento al testimone sopra indicato per verificarne l' *identità;* ma nel frattempo basta la semplice allegazione di tale circostanza per rimuovere qualsiasi ombra di diffidenza circa l' *autenticità* del medesimo dall' animo dell' Eccellentissima Corte di Appello, salvo sempre al signor Fiorini, se ne ha il coraggio e la forza, il diritto di provare il contrario.

III

Chiunque sia la parte a carico di cui si metta l' onere della prova, dovrà sempre procedersi alla verificazione del testamento olografo impugnato.

A) *Arbitrio inescusabile del Tribunale.*

Strano davvero ed inqualificabile il potere arrogatosi dal Tribunale, quando, senza darsi punto l' incomodo d' ordinare l' esibizione dell' originale testamento olografo impugnato per prenderne almeno visione, od ordinare qualsiasi altro mezzo istruttorio atto a dimostrare la verità delle cose, con olimpica sicurezza, lo ha dichiarato APOCRIFO *a priori*. Ed a motivo giustificatore di questa sua brutale decisione adduce il Tribunale, che gli pare fatto *strano l' invio di un originale testamento olografo da un paese*

ad un altro per via di posta, da persona di cui rimane ignota la raccomandazione postale; e che il modo, il tempo, il luogo, il mezzo col quale dalle mani del testatore passò in quelle di chi lo spedì sono profondo mistero.

Ma perchè nel Tribunale tanta vaghezza di conoscere particolari così minuti, nè sempre conoscibili, giacchè cosa molto delicata e il più delle volte circondato di legittimo mistero è il deposito che di un testamento olografo suol fare il testatore a persona di sua fiducia, per isfuggire appunto alle noje di pretendenti arditi ed insidiosi; quando già poteva richiamare nelle sue mani la scrittura impugnata, per verificare o far verificare, facendo uso del più volgare buon senso e ponendola in raffronto con quella dell'altro testamento olografo scritto pochi mesi prima dal testatore, se costituiva o no il testamento calunniato l'opera di esso? In nome di qual legge di popolo civile e di qual codice morale, poteva dirsi autorizzato il Tribunale a qualificare *apocrifo* un testamento che egli non conobbe nè si diede, secondo era suo preciso dovere, la pena di conoscere; scagliando così l'ingiuria sanguinosa di FALSARII sulla faccia di onorate persone, e che debbono riputarsi sempre tali finchè non sia dimostrato pienamente il contrario? Lo proclamò solennemente, traendo le sue ispirazioni dalla profonda esperienza degli uomini e delle cose, quest' Eccellentissima Corte di Appello nel suo magistrale pronunziato del 18 aprile 1876 dianzi trascritto, quando sentenziava: IL FALSO È UN'ECCEZIONE ALL'ORDINE COMUNE DELLE COSE, E L'ESPERIENZA CI FA SICURI DI PIÙ TESTAMENTI VERI CHE FALSI, E DELLA TROPPO FACILITÀ DI NEGARE LA SCRITTURA DEI TESTAMENTI OLOGRAFI. Può anche darsi che i signori Tirendi siano *falsarii*, ma nessuno ha il diritto di sentenziarlo prima che abbia avuto luogo, nei modi e colle guarentigie stabilite dalla legge, la verificazione del testamento incriminato; anche in omaggio a quel

famoso principio, che è frutto della sapienza e della esperienza dell' umanità: *homo praesumitur bonus et honestus donec contrarium probetur.*

B) *Come si spiegano benissimo i fatti che al Tribunale parvero eccezionali.*

Postosi nella lubrica via dell' arbitrio, il Tribunale fu costretto a trarne le più estreme conseguenze. Onde la seguente conclusione del suo sconclusionato ragionamento:

« Un concorso di fatti così eccezionali accerta sin da ora
« che il testamento non proviene nè poteva provenire dal Sac.
« Tirendi; e senza il concorso della materiale verificazione del
« carattere, mezzo peraltro pericoloso e dubbio, il Collegio ne
« trae l' intimo convincimento che la scrittura è APOCRIFA. »

È un dippiù; ma ecco la spiegazione precisa circa i fatti che al Tribunale sembrarono eccezionali ed inesplicabili.

Chiamato a raccogliere l' universalità dei beni appartenenti ai suoi come *Sacerdote* che solo potesse dar *lustro* alla *famiglia* di agiati contadini, qual' era quella da cui traeva origine, sua vita durante; e che dopo morto, non essendovi alcun pericolo di discendenza riguardo a lui, che indossava la veste di sacerdote, potesse restituire aumentato il complesso dei beni familiari ricevuti quasi a titolo di *fedecomesso;* il sac. Tirendi, di sua natura egoista ed avaro, giunse ad aumentare smisuratamente il patrimonio avito. Si rese quindi naturale intorno a lui la ressa continua ed insistente di una folla di congiunti, più o meno poveri ed affamati, e di pretendenti, più o meno agiati, che, mediante interessate dimostrazioni di affetto e blandizie senza numero, miravano a conquistare, insieme alla benevolenza, la successione del Tirendi.

In mezzo alla numerosa classe dei pretendenti primeggiò, per ardimento e costanza, il signor Antonino Fiorini, del Tirendi collega in sacerdozio ma non in avarizia. E furono tante le blandizie da lui usate verso il Tirendi, che riuscì ad ottenere in prestito somme considerevoli di danaro senza guarentigia legale alcuna pel Tirendi, e senza obbligo di pagare interessi.

Il Tirendi, uomo furbo ed astuto, lusingò sempre il sac. Fiorini; ma non cedette giammai alle sue blandizie: cercò anzi, con ogni mezzo e sforzo, di ottenere un titolo legale del suo credito contro Fiorini, facendosi concedere, a garanzia di esso, ipoteca speciale sopra la tenuta più ragguardevole del Fiorini stesso. E di questo suo pensiero faticoso ed inesorabile, per tutelare legalmente il suo credito contro Fiorini, fanno ampia prova le lettere, allegate *al processo,* dirette dal testatore al signor Antonino Minissale, nelle quali rivela l'intimo tormento dell'anima fino a che non avesse ottenuto la desiderata garanzia.

Nella *prima* di esse scritta da Giarre si legge: « Dimani « aspetto in questa il P.re *Antonino Fiorini per fare il borro « dell'atto da consegnarsi al notaro,* ed io il giovedì venturo forse « con la famiglia di *Putrino* partirò per Maletto; di là *occulta- « mente* per una sera sarò in mia casa, *metterò il resto da con- « segnare e firmare* L' ATTO CHE NON COSTA POCO; indi tornerò « *ad allontanarmi* PER FUGGIRE IL PROSPETTO DI COTESTE STRE- « GHE SINO A PERDERNE LA MEMORIA. »

Nella seconda lettera poi scritta da Maletto dove si era recato in casa del Putrino, supposto pretendente anche lui all'eredità del Tirendi, mantenendo la sua promessa, il testatore si esprime in questi termini:

« Forse in questi giorni verrà da Catania il Sac. Fiorini. Io « dimani o appresso mi *aspetto notizie del contenuto dell'atto « di vendita di Angra* (tenuta di proprietà del Fiorini) e del

« *listino* del *denaro che si ebbe,* come se si sono *cancellate le* « *iscrizioni sopra la masseria* della *Scala* (altra tenuta del Fio- « rini che venne poscia ipotecata in favore del testatore). Se con « la posta vi sarà lettera, mandatemela con Antonino: io non verrò « prima di tale *notizia.* »

Nella terza lettera scritta dal *Roccaro,* tenuta del testatore presso Maletto, egli scriveva:

« Ho ricevuto due lettere di P.re Fiorini, *il quale verrà* « dopo la partenza del Vescovo, che mi dicono dovrà esser sabato. »

Nella quarta lettera scritta da Giarre, quasi a sfogo dell'a- nima, narra il testatore al nipote la storia del suo credito contro Fiorini, e delle ansie patite in occasione di esso nei termini seguenti:

« Vengo a manifestarvi ciò che ho pratticato con *l'amico* « Fiorini. In Catania non mi passarono questi giorni che *a fare* « *esaminare se mai vi fossero iscrizioni sopra la Masseria Scala.* « Se ne trovò qualche una precedente, per cui, tuttocché ave- « vamo dato l'assenso al notaro, *si sospese la stipola* dell'*atto* « *notarile,* ed a scanso della ricchezza mobile senza registrare « l'atto ch'era in mio potere, e Voi sapete a *mia primordiale* « *cautela,* mi rilasciò una *polizza di cambio* per l'onze 5000, « (equivalenti a circa lire 70,000, *settantamila)* con *un'antidata.* « Elassi pochi giorni e non soddisfatta, di concerto dovrò pro- « testare la detta cambiale, quale non soddisfatta si verrà alla « *stipola dell' atto debitorio con l'ipoteca sicura* di diversi « *fondi e patto di vendita:*

« Domani da Catania verrà quì padre D. Antonino per *con-* « *certare così l'affare;* nel caso inclusivo spero venirmene diret- « tamente dalla parte di Maletto al Roccaro. »

Da questa significativa corrispondenza epistolare del testatore col signor Antonino Minissale, marito alla sua nipote Anna Ti-

rendi, nominata erede universale insieme alla sorella Nunzia ed altri nel testamento olografo impugnato, ben si raccoglie come il medesimo, pur ricevendo le blandizie interessate del signor Fiorini, lo tenesse tuttavia nel debito conto, e mirasse con ogni sua possa ad ottenere una efficace iscrizione ipotecaria per essere garantito circa il credito vantato contro di lui.

Ma nel tempo stesso il testatore, da quel gran furbo che era, per isviare i sospetti del signor Fiorini circa gl' intendimenti riposti dell' animo suo, e risparmiarsi persecuzioni e molestie, gli addimostrava ch' era sempre lui la persona del cuore. E questa parte di furbo non poteva recitarla meglio, che manifestandogli di esservi altri pretendenti alla sua eredità, e che questi erano in collera con lui perchè sospettavano che il medesimo aveva disposto dei propri beni a favore del Fiorini. Onde la lettera che il testatore Tirendi scrisse al Fiorini, e che il Fiorini esibì nel primo giudizio, di cui questo precisamente è il tenore:

« Vi CONFIDO, (scriveva il testatore al Fiorini) che ho sco-
« perto la *causa del dissapore di Antonino Putrino* non essere
« l' involamento del diamante alla figlia, ma l' aver saputo che
« *io feci* testamento e lasciai *tutto ad Jona* (Jona era una delle
« donne che nella prima lettera al nipote qualificava STREGHE),
« *ed a voi; per cui* in *Maletto vi è dei parenti contro di me*
« *una congiura, e di tutti un allontamento*. Daste il cortice a
« Sgrò; per mano ignota mel fece pervenire: *nè lui nè Putrino,*
« *passando innanzi alla mia porta, sono saliti a visitarmi*. Onde
« quest' *altra molestia* per la MALEDETTA ROBA. QUANTE ANGUSTIE
« HO BISOGNATO SUBIRE CHE MI HANNO ATTOSSICATO TUTTA LA MIA
« VITA: lasciamoli fare, dessi son padroni del suo, ed io del mio. »

Era dunque una vittima, o che si reputava talė, il Sac. Tirendi di molti pretendenti alla propria successione. Ma egli, *cinico* a tutta prova, volendo vivere in pace con tutti, e nel tempo

stesso fare il comodo suo, imitava il romito di Lampedusa, che ai *cristiani* mostrava l'immagine di Cristo, ed ai *turchi* quella di Maometto. Si spiega perfettamente con ciò il segreto di cui tenne gelosamente circondato il testamento olografo che oggi si impugna, e col quale intendeva effettivamente disporre delle proprie sostanze.

Era supremo interesse per lui che i molti pretendenti, specie il signor Fiorini, non conoscessero le sue reali disposizioni di ultima volontà. E come tale avea bisogno del più profondo mistero. Si rivolse al notaio Giuseppe Aidala per affidargli in deposito il predetto testamento *come amico;* ma questi si dichiarò pronto a riceverlo come *notajo* non come *amico.* E, in vista del rifiuto a riceverlo come amico, il testatore non glielo consegnò. Perchè tanto desiderio in lui ad affidarglielo come *amico* e non come *notajo* se non per la ragione suprema di voler tenere assolutamente *occulto* il suo testamento olografo, che, depositato presso un pubblico ufficiale, non sarebbe rimasto lungamente ignoto?

Anzi, dopo il rifiuto che ebbe dal signor Aidala a ricevere in deposito il testamento olografo come amico, fu naturalmente più grande la paura del testatore che la notizia dell'esistenza di tale testamento fosse giunta agli orecchi dei pretendenti. Non gli restava quindi altro scampo, per disperdere le tracce, che consegnare gelosamente in deposito siffatto testamento a persona di sua fiducia, ma di *alieno paese.* E così fece.

Quanto poi alle ragioni che han potuto indurre la persona del depositario a mantenersi nascosta, dopo quel che si è detto, non ci vuol molto a indovinarlo. Innanzi tutto le raccomandazioni di segretezza ricevute dal testatore; ma sopra tutto il desiderio, poco coraggioso ma non illegittimo, di non divenire segno ad *odii, persecuzioni e vendette,* col mettere fuori un testamento,

quando sapeva già che, con esso e per opera esclusivamente sua, andavano del tutto in fumo le speranze dei molti pretendenti, specie del signor Fiorini che avea tanto lavorato, prima e dopo la morte del testatore, per conquistare il pingue patrimonio.

Ecco in tal modo rivelata, in base a documenti autentici provenienti dal testatore, quella pagina di storia intima che il Tribunale ignorava o mostrava ignorare. Il risultato intanto di essa è questo:

1° Che il testatore, per desiderio di viver tranquillo ed ugualmente corteggiato e blandito in mezzo a tanta folla di pretendenti, avea supremo interesse a mantenere occulte le sue disposizioni di ultima volontà;

2° Che egli diffidava sopratutto del signor Fiorini; ma che sopra tutto intendeva rimuovere i sospetti dell'animo suo per risparmiarsi persecuzioni e molestie;

3° Che il testamento olografo in questione è quello stesso, che il testatore voleva depositare presso il Notaro Aidala come amico, e che questi si rifiutò di accettare altrimenti che come un pubblico ufficiale. Questo estremo preciso di fatto potrà rilevarsi mediante prova testimoniale, laddove la Corte nella sua giustizia crederà di ordinarla. E con ciò va per conseguenza in fumo il pretesto allegato dal Tribunale per respingere la domamda della prova testimoniale, che cioè non si era dai Signori Tirendi allegato nessun fatto specifico. Qual fatto più specifico e più decisivo di questo?

4° Che, giustificato l'*interesse* del testatore a tenere segreto il suo testamento, nonchè l'*autenticità* del testamento stesso, riesce vano il sapere chi sia la persona del secondo depositario; mentre si spiega la riserva ch' esso ha creduto di tenere.

Dopo tutto questo si dilegua completamente il famoso *mistero* nel quale, per gli occhi *miopi* del Tribunale, stava ravvolta

l' origine del testamento in questione; e si disegnano con luce meridiana i motivi, le fasi e le circostanze tutte che precedettero, accompagnarono e seguirono la nascita del testamento olografo incriminato.

C) *Ufficio preciso del magistrato è quello di ordinare sempre la verificazione della scrittura nel caso d' impugnativa o di non riconoscimento.*

Ma quanto si è detto nel paragrafo precedente non è che un dippiù; e ce ne siam voluti occupare nello scopo di dimostrare come tutto concorra in favore degli eredi Tirendi, e che anco i sofismi ed i preconcetti si rompono dinanzi alla realtà imperiosa delle cose.

L' Eccellentissima Corte di Appello, nella sua sapienza, non potrà che necessariamente scegliere fra queste due vie: O *ritener vero,* in omaggio alle disposizioni tassative del codice, il testamento olografo regolarmente depositato presso notajo, dove sono istituiti *eredi universali* i Signori Tirendi sotto altro aspetto *successori del sangue,* mettendo a carico del Signor Fiorini, come di legge, l' onere di provarne la *falsità;* — ovvero, in caso estremo e contro le nostre legittime aspettative, mettere a carico dei Signori Tirendi l' obbligo di provare l' *autenticità* del testamento olografo allegato.

Or anche data l' ipotesi estrema che al testamento olografo — atto di per sè *autentico* una volta che in esso concorrono le condizioni e le formalità solenni stabilite dalla legge e dopochè il medesimo, coll' intervento del magistrato, viene regolarmente depositato presso notajo — voglia darsi l' *efficacia probatoria* nella semplice *scrittura privata;* dovrà sempre, nel caso di *non riconoscimento* o *d' impugnativa,* da parte delle persone contro

cui si produce, ordinarsene la verificazione. Assoluto in proposito ed inesorabile è l' obbligo che il legislatore impone del magistrato; giacchè nell'art. 1322 del Codice civile prescrive:

« Quando la parte nega il proprio carattere o la propria « sottoscrizione, o quando i suoi *eredi e aventi causa dichia-* « *rano di non conoscerla*, SE NE ORDINA LA VERIFICAZIONE GIU- « DIZIALE ».

Di fronte a questo precetto assoluto ed inesorabile del legislatore, ufficio tassativo del magistrato, dinanzi a cui si presenta la scrittura impugnata o non riconosciuta, è quello di ordinare la verificazione giudiziale. Sarà tutt' al più in sua facoltà lo scegliere fra i diversi modi di verificazione indicati dal codice di Proc. civile (articolo 284); ma non potrà emettere il suo giudizio attribuendo o negando fede alla scrittura contestata, senza di avere prima ordinato ed eseguito o fatto eseguire la verificazione in una delle forme indicate dalla legge.

Scrivono sul riguardo, nel loro classico *Commentario del Codice di procedura Civile,* gl' illustri Pisanelli, Scialoia e Mancini:

« La facoltà, che i giudici hanno di conoscere la quistione « dell' impugnativa scritturale con altri mezzi che quello di un « processo di verificazione, *non equivale alla facoltà di sor-* « *passare la quistione, di non occuparsene; significa soltanto* « *che i giudici non sono costretti piuttosto a un mezzo che* « *ad un altro* » (Vol. III n. 344 pag. 242.

Ma vi ha di più ancora.

In presenza della disposizione assoluta e formale dell' art. 1322 del Codice civ., il magistrato ha l'obbligo preciso di ordinare la verificazione della scrittura impugnata o non riconosciuta anche quando la parte che la produce non chiede espressamente la verificazione della medesima. Questo principio pacifico di

dottrina e di giurisprudenza ebbe a suggellare solennemente, ancora una volta, la Cassazione di Napoli con recente arresto del 22 dicembre 1883 nella causa *Cambuzzi* c. *Caracciolo*.

Ecco la parte sostanziale del suo ragionamento:

« Atteso che la denunciata sentenza *sconosce quale* sia *per* « *legge* la *forza probante della scrittura privata*. Dessa ha la « stessa fede dell'atto pubblico fra le parti, che l'hanno sotto- « scritta, loro eredi ed aventi causa, quando sia riconosciuta « da quello contro cui si produce o sia legalmente considerata « come riconosciuta.

« Quando la parte cui si attribuisce la scrittura nega il « proprio carattere o la propria sottoscrizione, *se ne ordina la* « *verificazione* (cod. civ. art. 1320 e 1322). La sentenza denun- « ciata aggiunge un dovere alla parte producente, che non è « scritto nella legge, e dallo spirito della stessa viene escluso, « quello della espressa domanda di verificazione quando avvenga « l'opposizione fra le due parti. L'errore della sentenza è mani- « festo, perchè, ne' casi di opposizione delle parti intorno la « verità del carattere o della sottoscrizione, la legge non pre- « scrive che il documento SI RESPINGA MA CHE SI VERIFICHI. « Solo ufficio del giudice è quello di esaminare se il documento « impugnato sia interessante per decidere la controversia; quando « l'importanza del documento è ritenuta, basta l'opposizione tra « le due parti sulla verità, perchè dal giudice si DEBBA ORDI- « NARE LA VERIFICAZIONE ». (*Gazzetta del Procuratore,* vol. XVIII, pag. 573).

Or se nel caso in cui l'impugnativa od il non riconoscimento riguarda la semplice scrittura privata, di cui la formalità essenziale consiste unicamente nella *sottoscrizione* del debitore, ed anche quando la verificazione della medesima non sia chiesta espressamente dalla parte che la produce, deve ordinarsi di

ufficio dal magistrato; che dire nella specie in cui trattasi di testamento olografo regolarmente depositato, di cui può essere dubbio se sia *atto autentico,* ma non può negarsi di costituire *una scrittura privata,* e quando la verificazione del medesimo altresì è stata *chiesta formalmente* dai signori Tirendi?

Potrà scegliere la Corte fra i diversi mezzi di verificazione; ma non dovrà che ordinarla in omaggio ai principii più elementari di moralità e di giustizia.

E noi ci contenteremo anche della verificazione per *documenti;* riuscendo completamente agevole alla Corte persuadersi *dell' autenticità o falsità* del testamento in quistione, sol che richiami presso di sè l' *originale* testamento impugnato del 10 agosto 1880 e l' *originale* dell' altro testamento olografo scritto dal testatore pochi mesi prima, cioè il 17 gennaio dello stesso anno.

Dato poi che creda nella sua giustizia di ordinare la verificazione per *perizia,* insistiamo che sia ordinata pure la *prova testimoniale,* in vista del fatto *specifico e decisivo* allegato relativamente al testimonio signor Giuseppe Aidala.

Ci voleva tutto l' arbitrio di un Tribunale insipiente per compiere, sotto forma speciosa, un atto così manifesto di denegata giustizia. Ma la Ecc.ma Corte di Appello, sapiente qual si è dimostrata sempre, non vorrà tollerare che rimanga in piedi siffatto giudicato, dove maggiori e più gravi errori non poteano cumularsi.

IV.

In caso estremo dovrà ordinarsi sempre la nomina di un agente giudiziario per l' amministrazione provvisoria dei beni successorii.

Noi siamo certi che questa Ecc.ma Corte di Appello, ottemperando alla disposizione tassativa dell' articolo 914 Cod. Civ.,

che, in termini formali, *dichiara esecutivo il testamento olografo* regolarmente depositato presso notajo; e, facendo onore altresì alla sua *giurisprudenza,* vorrà ritener *vero ed autentico,* fino a che non sia provato il contrario dal signor Fiorini che ne allega gratuitamente la falsità, il testamento olografo in questione. E in tal caso sarà logica ed inconcussa la conseguenza, che la Corte, riconoscendo la qualità di eredi universali del testatore nei Signori Tirendi perchè istituiti formalmente tali col predetto testamento, oltrechè i medesimi sarebbero gli eredi del sangue, dovrà ordinare in di loro favore il rilascio dei beni successorii finora indebitamente posseduti dal Sig. Fiorini. Come pure dovrà condannare, per forza, quest' ultimo al rendiconto dei frutti percetti e percepibili dei beni ereditarii quanto all' Amministrazione fin oggi tenuta.

Ma laddove poi, ammettendo un' ipotesi estrema, credesse la Corte, nella sua giustizia, per motivi dei quali compete ad essa il sovrano apprezzamento, di ordinare che l' *autenticità* del prodotto testamento olografo debba provarsi dai Signori Tirendi nella forma di verificazione che sarà per determinare; dovrebbe almeno, per debito di giustizia, nominar un *agente giudiziario* probo ed onesto, per affidargli temporaneamente, fino a che il giudizio non venga definito, l' amminiuistrazione dei beni successorii.

Tutte le circostanze, difatti, concorrono evidentemente in favore dei Signori Tirendi, eredi al tempo stesso per testamento e per legge. Non è giusto, adunque, che sia continuato oltre lo sperpero di tali beni da parte del Sig. Fiorini; sperpero giustificato in lui dal timore di perdere, insieme all' amministrazione, la proprietà e il possesso di beni che appartengono indubbiamente ai Signori Tirendi. Mantenendogli oltre l'amministrazione, gli si dà l' autorizzazione di completare la rovina dei signori Tirendi, le cui perdite sono finora ingenti ed irreparabili.

Così facendo la Corte non farebbe del resto che ordinare *i provvedimenti conservativi* cui accenna l'art. 914 del codice civile, conciliando egualmente gl' interessi opposti delle parti contendenti. Mentre l' amministrazione mantenuta nel Signor Fiorini non significherebbe altro che *capro vineam credere*.

E che trattasi veramente del caso del *capro vineam credere* lo conferma eloquentemente il fatto, che il signor Fiorini non ha pagato finoggi la *tassa di successione* allo Stato, incoraggiando colla sua condotta il Ricevitore del Registro a procedere in via esecutiva contro gl' immobili del testatore e rendendosi per di più CONTUMACE in giudizio. Ciò non avrebbe fatto certamente, se avesse avuto la coscienza di essere il vero successore nell' eredità Tirendi; e come *buon padre* di famiglia avrebbe *pagato* o si sarebbe almeno validamente *difeso* in giudizio. Ma egli nè paga, nè si difende: segno certo che non trattasi della *roba sua*.

E, nominando un agente giudiziario, questa Eccellentissima Corte suggellerebbe il suo atto preliminare di giustizia, se gli desse incarico tassativo di procedere alla *vendita* per asta pubblica di uno o più immobili ereditarii nello scopo preciso di pagare la *tassa di successione* impedendo, in tal modo, a danno dei Signori Tirendi, quella rovina tanto vagheggiata e tanto affrettata dal signor Fiorini. Perchè non mettere almeno un termine, anche provvisorio, nello scopo di evitare maggiori disastri? La Corte provvederà, ne siamo sicuri.

CONCLUSIONE

Ci siamo dilungati oltre il dovere: voglia la Corte usarci compatimento. Ma non ci sembrano mai difese abbastanza le sante ragioni dei signori Tirendi contro la prepotenza del signor Fio-

rini, resa sfacciatamente ardita dagli effimeri successi finora ottenuti.

Voglia questa Eccellentissima Corte dar loro quella meritata riparazione di giustizia, cui hanno diritto. E tale riparazione invocata non potrà loro mancare, se ufficio, come siam certi, di questa Corte di Appello si è quello appunto di rendere giustizia.

Roma, 21 febbraio 1885.

II

Del possesso reale in materia di successione.

Memoria legale in favore dei fratelli Majorana-Flamingo
contro il Cav. Agatino Rosso Tedeschi e C.ti.
(Corte di Cassazione di Palermo)

ARGOMENTO DELLA LITE.

La quistione sulla quale trovasi chiamata ad emettere il suo sapiente responso questo Supremo Collegio è di alta importanza ed elegantissima nel tempo istesso. Trattasi, invero, di determinare che cosa intenda il legislatore colla espressione POSSESSO REALE adoperata negli articoli 959 e 962 del Codice civile, in contrapposto a quella di SEMPLICE POSSESSO, che passa *ipso jure* dalla persona del defunto in quella dell' erede, adoperata dal legislatore medesimo negli articoli 693 e 925.

La Corte di appello di Catania, in grado di rinvio, ben vero, nella seconda parte della sua sentenza, uniformandosi pienamente a quanto avea deciso la prima Sezione di essa, con pronunziato del 31 gennaro 1880, ed attingendo le sue ispirazioni dai dettati concordi della dottrina e della giurisprudenza nonchè dalla volontà manifestata esplicitamente in termini solenni dal legislatore; ha ritenuto che, coll' espressione POSSESSO REALE dell' eredità, il legislatore intende la detenzione materiale dei beni ereditari, non già il possesso legale o di dritto che, per una finzione di legge, passa dal defunto all' erede.

E, come logica conseguenza di questa inconcussa ed inoppugnabile premessa di diritto, la Corte di appello catanese ha ri-

tenuto altresì, che l'erede al quale manca il POSSESSO REALE, ossia la materiale detenzione dei beni ereditarii, non abbia l'obbligo di fare l'inventario entro tre mesi dal giorno dell'aperta successione o delle notizie della devoluta eredità sotto pena di divenire erede puro e semplice, appunto perchè la legge nell'articolo 959 impone unicamente cotale obbligo all'erede che trovasi nel *possesso reale* dell'eredità.

È infatti andata oltre la Corte di appello in base alle legittime deduzioni de' fratelli Majorana. Esaminando, invero, con accurata scrupolosità gli atti e documenti tutti prodotti in giudizio, ebbe a formarsi l'inoppugnabile convincimento di fatto che i medesimi — pur non avendone obbligo non essendo nel possesso reale dei beni ereditarii — per eccesso di diligenza, si affrettarono a cominciare l'inventario entro i tre mesi dal dì dell'aperta successione e lo recarono a pieno compimento dentro il termine, legittimamente prorogato dal giudice competente.

Siffatta decisione, lungi dal meritare censura, si porge manifestamente degna di encomio e di plauso per avere rettamente interpretato e saviamente applicato irrefragabili ed inconcusse disposizioni di legge, facendo diligente tesoro di responsi unanimi di una dottrina e di una giurisprudenza che oramai possono ritenersi pacifiche sul riguardo. Oltre di che, per la parte che costituisce un sovrano apprezzamento di fatto, non può la decisione della Corte di appello catanese sottoporsi all'esame di questo Supremo Collegio, il cui alto ufficio è quello di vegliare alla retta e scrupolosa osservanza della legge, non di valutare le circostanze di fatto devolute dal legislatore ai giudici di merito.

Pure tale decisione inappuntabile della Corte di appello di Catania venne impugnata dagli avversarii per cassazione davanti a questo Supremo Collegio a sezioni unite.

Basta la semplice enunciazione della specie in esame perchè

balzi subito agli occhi come debba dichiararsi senz' altro irrecivibile e in ogni caso rigettarsi il ricorso avversario. Ma prima di fare una vittoriosa confutazione, come siamo legittimamente convinti, di tutti i mezzi del ricorso, crediamo utile premettere talune brevi ed indispensabili nozioni di

FATTO

Il 25 gennaro 1877 moriva intestato in Militello il barone Salvatore Majorana zio e padre adottivo dei fratelli barone Benedetto e cavaliere Fidenzio Majorana-Fiamingo.

Il 29 dello stesso mese, un tal barone Vincenzo Reforgiato, qualificandosi come uno dei chiamati a raccogliere l' eredità intestata del defunto barone Majorana, faceva istanza al Pretore di Militello perchè fossero apposti i suggelli nella casa mortuaria. E il Pretore nel medesimo giorno procedette alla apposizione dei suggelli nella casa del defunto, dov' erano pure l' *Archivio* e la *Contabilità,* nominando un custode per l' oggetto.

La dimani, in continuazione del precedente verbale, il Pretore recavasi nel fondo in contrada Magnini, sito pure in Militello, per apporre anche ivi i suggelli al casino di proprietà del defunto; ma, in vista delle opposizioni fatte dal locatario, procedette soltanto alla descrizione de' mobili ivi esistenti ed alla stima dei frutti pendenti nel fondo, nominando eziandio un altro custode.

Il 28 febbraro 1877 i fratelli Majorana, trovandosi per fatto del Reforgiato nell' impossibilità di conseguire il possesso reale dell' eredità, all' oggetto di combatterne le illegali pretese, nominano da Catania loro procuratore speciale in Militello il signor

Mario Niceforo per fare presso la cancelleria di quella Pretura le dichiarazioni di *accettare* col *beneficio dell' inventario* l' eredità del loro zio e padre adottante, signor barone Majorana.

Il 3 marzo 1877 detto procuratore presenta, nella cancelleria della pretura, per nome e parte dei fratelli Majorana, la dichiarazione di accettare la menzionata eredità col *beneficio dell' inventario.*

Il 17 marzo, tale accettazione di eredità *col beneficio dell' inventario* venne regolarmente trascritta nell' ufficio delle ipoteche di Catania.

Il 19 marzo l' accettazione venne iscritta nel Giornale degli annunzi giudiziari.

Il 22 marzo, in continuazione dell' altra lanciata il 5, i fratelli Majorana, rinnovano contro il Barone Reforgiato, resosi contumace, la citazione a comparire dinanzi al Tribunale di Caltagirone per sentire dichiarare il *loro diritto esclusivo* all' eredità intestata del defunto barone Salvatore Majorana, *annullare* l' apposizione dei suggelli ed ordinare la rimozione condannando il Reforgiato ai *danni, interessi* ed alle *spese.*

Il 19 aprile 1877, *quando non ancora erano spirati i tre mesi dal dì dell' aperta successione,* i fratelli Majorana, trovandosi nella *impossibilità* di redigere l' inventario per essere pendente innanzi il tribunale di Caltagirone il giudizio col barone Reforgiato e trovandosi apposti tuttora i sigilli alla casa del defunto, ov' era l' *archivio* e la *contabilità* del medesimo, si rivolgono al Pretore locale esponendogli lo stato delle cose e chiedendo una *proroga* del termine per redigere l' inventario, nonchè la nomina di un notaio che l' eseguisse. E il Pretore riconoscendo la impossibilità nei signori Majorana di procedere alla formazione dell' inventario durante l' apposizione dei sigilli, accordò loro una PROROGA DI TRE MESI, *riserbandosi di nominare il*

notajo, dopo che il Tribunale di Caltagirone, decisa la causa pendente, avesse ordinata la rimozione dei sigilli.

Il tribunale di Caltagirone frattando con sentenza profferita nel 18 aprile 1877, non notificata, riconoscendo nei fratelli Majorana la qualità *esclusiva* di successibili all' eredità del barone Salvatore, ordinò che fossero rimossi i suggelli fatti apporre indebitamente dal Reforgiato.

Il 12 giugno 1877, dopo che già fu pubblicata la sentenza del tribunale di Caltagirone, i fratelli Majorana colla massima sollecitudine fecero istanza al Pretore di Militello per la rimozione dei suggelli e la *nomina* del *notajo* all' oggetto di procedere alla formazione dell' inventario.

Il 18 giugno 1877, il Pretore di Militello, nomina il notajo, ed ordina al cancelliere, di consegnargli, insieme al decreto di nomina, il verbale di apposizione dei suggelli e le chiavi della casa mortuaria.

Il 20 giugno 1877, il notajo incaricato diè principio regolarmente alla formazione dell' inventario.

Il 21 luglio 1877, in vista delle difficoltà serie incontrate, sopra domanda dei fratelli Majorana, il Pretore accorda altra proroga di sei mesi.

Ad onta di ogni maggiore sforzo, non essendosi potuto compiere l'inventario nel termine segnato, i fratelli Majorana richiedono altra proroga. Il Pretore di Militello la nega.

Però il 18 gennaro 1878 il presidente del tribunale di Caltagirone, in seguito a reclamo fatto dai fratelli Majorana contro il decreto negativo del Pretore di Militello, riconoscendo la diligenza usata dai Signori Majorana nel procedere all'inventario, e tenuto conto delle difficoltà che ne aveano impedita la sollecita compilazione, accorda loro un' altra proroga di *tre mesi,* che scadevano nel dì 18 aprile.

Ma, pria di scadere siffatto termine e propriamente il 16 aprile 1878, si chiude regolarmente l'inventario.

Non ostante che i fratelli Majorana con gli atti in regola, e colla pubblicità della *trascrizione*, e degli *annunzi giudiziari*, si fossero comportati secondo legge, indossando la qualità di *eredi beneficiati*, nel 19 luglio 1878 piacque al cav. Agostino Rosso Tedeschi, in esecuzione di una sentenza pronunziata dal Tribunale civile di Catania, 20 gennaio 1877, tra lui e i defunti Majorana Cucuzzella comm. Giuseppe e barone Salvatore padre legittimo il primo, e padre adottante il secondo degli attuali Majorana Fiamingo barone Benedetto e Cav. Fidenzio, far notificare a quest' ultimi precetto mobiliare di pagamento per la somma di L. 14,986,87.

Il 24 luglio 1878, i fratelli Majorana Fiamingo fecero opposizione a siffatto precetto per essere i medesimi *eredi beneficiati* dei defunti barone Salvatore e comm. Giuseppe Majorana Cucuzzella (1) e citarono il cav. Rosso Tedeschi innanzi il Tribunale civile di Catania.

Il 31 luglio 1878, non ostante l'opposizione fattagli e pendente in Tribunale, il cav. Rosso Tedeschi fece procedere al pignoramento dei *mobili di esclusiva pertinenza* dei fratelli Majorana Fiamingo nelle loro rispettive case di abitazione.

Il 13 agosto 1878, sempre incalzando negli atti, faceva il cavaliere Rosso Tedeschi pubblicare il bando per la vendita degli oggetti pignorati.

L' 11 luglio 1879 il Tribunale civile di Catania, dopo tre sentenze *preparatorie*, pronunzia diffinitivamente sulle opposi-

(1) Per l'eredità paterna non si contrasta che i fratelli Majorana e la loro sorella signorina Mariannina siano *eredi beneficiati* giusta gli atti d'inventario in piena regola; la qual cosa del resto forma oggetto di cosa giudicata, come verrà mostrato in seguito.

zioni al precetto fatte dai fratelli Majorana contro il cavaliere Rosso Tedeschi, al quale si erano uniti in giudizio altri creditori dei Majorana pretendendo tutti di essere i medesimi eredi puri e semplici dei rispettivi padri legittimo ed adottante comm. Giuseppe, e Barone Salvatore.

Con siffatta sentenza il Tribunale « ammette in rito l'inter-
« vento volontario degli altri creditori, e, pronunziando nel merito,
« accoglie le opposizioni dei fratelli Majorana in ordine alla
« succesione del loro PADRE LEGITTIMO comm. Giuseppe dichia-
« randoli *eredi beneficiati* del medesimo, e le rigetta in ordine
« alla successione del padre *adottante* barone Salvatore, del
« quale invece li dichiara eredi puri e semplici.

« Ordina quindi che gli atti esecutivi ed il pignoramento
« fossero continuati contro i fratelli Majorana nella qualità di
« *eredi beneficiati* del commendatore Giuseppe, e di eredi *puri*
« *e semplici* del barone Salvatore. Annulla infine il pignoramento
« quanto ai mobili di esclusiva spettanza dei fratelli Majorana. »

Di tale sentenza si gravarono parzialmente i fratelli Majorana dinanzi alla Corte di appello di Catania, 1ª Sez., con atto del 30 luglio 1879.

Ed anche il cav. Rosso Tedeschi fe' mostra di gravarsene per taluni capi della medesima, con atto del 16 luglio dello stesso anno.

La Corte di appello di Catania con sentenza pronunziata il 31 gennaro 1880, rigettando lo appello interposto del cav. Rosso Tedeschi, accoglie invece quello dei signori Majorana.

« E rivocando la sentenza impugnata, dichiara *nullo* il precetto insieme all' eseguito pignoramento, in ordine ai mobili, spettanti ai fratelli Majorana, rimanendo fermi gli atti sudetti per quanto si riferivano ai mobili ereditari pignorati nella casa mortuaria del fu comm. Giuseppe, ed ordina che le procedure esecutive fossero continuate sopra detti mobili solamente.

« Dichiara infine che i signori fratelli Majorana Fiamingo debbono considerarsi anche quali *eredi beneficiati* del defunto barone Majorana Cucuzzella, ed esclude in loro la qualità di eredi *puri* e *semplici.* »

Tale sentenza venne impugnata dal Rosso Tedeschi e consorti davanti a questa Eccellentissima Corte di Cassazione sezione civile con ricorso del 24 febbraio 1881. — La medesima con sentenza del 7 gennaio 1882, accogliendo il ricorso del Rosso Tedeschi e consorti, annullava la sentenza della Corte di appello di Catania (prima sezione), rinviando lo esame della causa alla seconda sezione della stessa Corte di appello.

Siffatta sentenza della Cassazione venne notificata ai signori Majorana il giorno 17 febbrajo 1882, e con atto del 22 detto mese furono i medesimi citati a comparire per l' udienza del 2 marzo dinanzi alla sudetta Corte di appello di Catania 2.ª sezione.

La Corte di rinvio con sentenza del 5 settembre 1882 venne alle stesse conclusioni cui era giunta la prima Corte di appello, riconoscendo ugualmente la qualità di *eredi beneficiati* nei fratelli Majorana. Ciò però non soltanto in base agli stessi motivi di diritto che aveano costituito la ragion di decidere della prima Corte di appello, ma traendo altresì il suo sovrano apprezzamento di fatto dallo esame accurato degli atti e documenti prodotti in giudizio. Difatti, dopo una serie vigorosa di sapienti ed efficaci considerazioni, delle quali avremo presto occasione di mostrarne la completa esattezza ed inoppugnabilità giuridica, la Corte di rinvio nella parte dispositiva della sua sentenza statuisce quanto appresso:

« La Corte intesi i procuratori delle parti. Provvedendo in via di rinvio dalla Corte di Cassazione. Nella contumacia dei signori ecc. ecc. Riunisce i numeri 6882, 6926 e 6129 del ruolo. Ammette gl' interventi volontari dei signori Giovanni Guerrera ecc. ecc. Provvedendo sulle appellazioni proposte dal signor A-

gostino Rosso Tedeschi del 15 e 17 luglio 1880 e correlative domande adesive, in ciò che a detto appello si riferiscono; e facendo diritto per quanto è di ragione all' appello proposto dai fratelli Benedetto e Fidenzio Majorana, e domande adesive, *revoca* l' appellata sentenza del Tribunale di Catania del dì 11 luglio 1879 nella *parte* che dichiarò i detti fratelli Majorana eredi puri e semplici del barone Salvatore Majorana, e, facendo ciò che far dovea e non fece il Tribunale di prima istanza, dichiara invece detti fratelli Majorana *eredi beneficiati* del detto barone Salvatore Majorana.

« E conseguentemente ammette le opposizioni dei detti fratelli Majorana fatte avverso il precetto del 17 luglio 1877, qual precetto dichara nullo di unita ai pignoramenti eseguiti limitatamente ai *mobili* di proprietà dei detti fratelli Majorana, rimanendo fermi gli atti suddetti nella casa del fu comm. Giuseppe e quindi, ordina che le procedure esecutive fossero continuate sopra detti mobili solamente — Respinge la domanda dei danni interessi dei fratelli Majorana, e tutte le eccezioni e deduzioni di tutte le parti contrarie alla presente. Revoca l' appellata sentenza anche nella parte che riguarda condanna alle spese.

« Con le superiori modifiche poi ordina nel dippiù l'esecuzione dell' appellata sentenza, esecuzione che rimanda ai primi giudici. »

Avverso tale sentenza produssero ricorso davanti a questo Supremo Collegio, a sezioni riunite, il signor Agatino Rosso Tedeschi e consorti, con atto del 22 aprile 1885, notificato ai fratelli Majorana e ad altri cointeressati, chiedendone l'annullamento con tre mezzi di cassazione.

I fratelli Majorana e consorti, cui tale ricorso venne intimato, curarono a loro volta di presentare rispettivamente analogo controricorso per combattere le strane pretese dei ricorrenti.

Questi i fatti e le vicende della causa su cui dovrà pronunziare l' autorevole suo responso il Supremo collegio.

I

Confutazione del Primo Mezzo di Ricorso

§ 1.

Pretese violazioni di legge

E cominciamo dal primo mezzo del ricorso, il solo su cui sia competente a pronunziarsi questo Supremo Collegio a Sezioni Unite. Con esso i ricorrenti denunziano l'impugnata sentenza per violazione degli articoli 693, 925, 926, 952, 935, 957, 959, 960, 961, 962, 964, 685 e 934 del Codice civile, non che per violazione e falsa applicazione del principio di dritto consacrato nella legge 1. 3, § 1 e 3, *Dig. De adquirenda vel omittenda posses.* Leg. 23, *Dig., Eodem tit.*

Questa pretesa violazione e falsa applicazione delle innumerevoli disposizioni di legge dianzi citate si sforzano i ricorrenti di giustificarla nel modo seguente:

« Tutto in questo ragionamento è a ritroso della legge.

« Il primo e massimo errore della Corte di rinvio consiste nel ritenere che il nostro codice dia la investitura legale a' semplici *successibili* per legge o *chiamati* per testamento, quantunque non ancora *accettanti* (eredi) mentre, viceversa, è data a' soli *eredi,* perchè il nostro codice, a differenza di quello francese e dell' abolito siculo napoletano, sino a quando l' eredità non è accettata o espressamente o tacitamente, riconosce ne' chiamati alla successione la facoltà di accettare o rinunziare, li dichiara *curatori di dritto,* ma non dà a loro l' investitura legale, che, invece trasmette all' *ente eredità,* il quale ente può essere convenuto in giudizio sia per azioni petitorie, sia per azioni possessorie, e dev' essere rappresentato o da' curatori di

dritto o da un curatore *ad hoc* nominato dall' autorità giudiziaria.

« Di questa grande innovazione risultante dallo art. 974 Codice civile, la Corte di rinvio non tenne alcun conto: altrimenti si sarebbe accorta che il nostro Codice, investendo dell' *universum jus* l' ente eredità sino a quando non è accettata, non poteva investire al tempo stesso i chiamati *non ancora accettanti* pel principio di contraddizione, che nol consente; si sarebbe accorta altresì che gli artic. 923, 924 e 926 parlano di successori o eredi accettanti, i soli ai quali è data l' investitura legale, mentre gli art. 959 e 962 parlano di semplici *successibili* o *chiamati* che devono ancora deliberare sull' accettazione o la rinunzia e perciò possono non trovarsi nel possesso reale dell' eredità, nè avervi avuta ingerenza quantunque indicati con la parola *eredi,* e ne avrebbe trovato la prova negli art. 959, 960, 961, 962 e 964.

« Infatti gli art. 959 e 960 parlano di erede che deve fare l' inventario e non l' ha cominciato o compiuto.

« L' art. 961, completando le due precedenti disposizioni, dice così: Compiuto l' inventario, l' erede che non abbia ancora fatto la dichiarazione a norma dell' art. 955 ha un termine di quaranta giorni da quello del compimento dell' inventario medesimo per *deliberare sull' accettazione o rinunzia dell' eredità.*

« È manifesto che la parola *erede* usata nei tre articoli significa *chiamato* all' *eredità,* non *erede* perchè si tratta di erede il quale non ha fatto ancora la dichiarazione a norma dell' art. 955 e che ha un termine utile per deliberare sull' *accettazione* o la *rinunzia.*

« Chi deve ancora deliberare è *successibile* o *chiamato,* non *erede.*

« Lo stesso art. 962 parla di erede che deve ancora fare

l' inventario e *deliberare*. Dunque la parola erede, usata in quest' altro articolo, indica il solo successibile o chiamato.

« Perciò l' art. 952, che riproduce lo stesso precetto e la stessa sanzione degli art. 959, 960, 961 e 962, usa un linguaggio più corretto: parla, cioè, di *chiamati* alla *successione* e non di *eredi*, e lo stesso art. 964 dal quale risulta che, prima dell' accettazione, l' investitura passa di dritto nell' ente eredità conserva la distinzione, altronde ovvia, tra *chiamati* ed *eredi*, dicendo che, durante i termini per fare l' inventario e *deliberare*, il *chiamato* alla *successione* non è tenuto ad assumere la qualità di erede.

« Ostinandosi nel suo sistema, la Corte di rinvio non volle vedere l' innovazione che l' art. 964 porta al sistema francese sull' investitura legale, e, per conciliare gli art. 693, 925 e 926, che, nel suo sistema, sarebbero in contraddizione con gli art. 952, 939 e 962, disse che il possesso dell' investitura legale è un *dritto al possesso*, non un *possesso effettivo* e che le parole *possesso reale* furono scritte negli articoli 952, 959 e 962 per contrapporlo al possesso dell' investitura legale. »

Il tono eminentemente *dommatico* che adoperano gli avversari cercando di sostenere il primo mezzo del ricorso, più che tranquillità di animo e fiducia nelle proprie ragioni, accusa evidentemente la preoccupazione da cui sono travagliati nel voler sostenere ad ogni costo una tesi impossibile, e la più completa sfiducia negli argomenti così faticosamente ma infruttuosamente raccattati.

Sarebbe veramente superfluo spendere molte parole per confutare il primo mezzo dell' avversario ricorso; giacchè trovasi esso apertamente confutato e smentito dal testo e dallo spirito stesso delle a *torlo* invocate disposizioni legislative, non che dai responsi unanimi della dottrina e della giurisprudenza.

D' altro canto però, poichè è piaciuto agli avversari — resi più arditi dal fatto che trovarono la prima volta, certo in qualche momento di *abbandono,* chè QUANDOQUE BONUS DORMITAT HOMERUS!...... facile ascolto presso la Sezione Civile di questo Supremo Collegio — di mettere insieme tal cumulo di sofismi e di cavillosi argomentazioni, che assumono, per il tono dommatico onde sono esposti, la parvenza di una serietà che non hanno nè possono avere addirittura; consenta il Supremo Collegio che noi, pur mantenendoci entro i più brevi confini possibili, svolgiamo con ragionevole ampiezza questo tema importante di dritto. Ciò anche in omaggio al rispetto che merita la Sezione civile di questo Supremo Collegio, la quale, se ha creduto di accogliere l' avversario sistema di difesa, vuol dire che ha avuto le sue buoni ragioni. E queste appunto c' impongono l' obbligo preciso di discuterle pacatamente e colla massima serietà possibile, pienamente fiduciosi che — animati dall' unico e supremo desiderio di amministrare scrupolosamente giustizia, in conformità delle disposizioni legislative che ci governano — anche quelli tra gl' illustrissimi Consiglieri che, quali componenti della Sezione civile di allora, ebbero parte alla sentenza del 7 gennaro 1882, vorranno fare buon viso alle nostre ragioni, laddove riusciremo, come ne abbiamo legittima fede, che, sostenendo la difesa dei signori Majorana, sosteniamo al tempo istesso l' osservanza ed il rispetto più completo delle disposizioni legislative, di cui alla Ecc.ma Corte di Cassazione viene affidata la tutela suprema.

Ciò premesso passiamo senz' altro a mettere coscenziosamente in rilievo quale sia il sistema vero ad inconcusso del patrio legislatore sulla materia controversa, sistema così miseramente — ce lo permetta la Ecc.ma Corte — straziato e caluniato dagli avversarii.

§ 2.

I precedenti storici della quistione

Qualunque istituto giuridico, essendo il risultato di una serie di evoluzioni antecedenti, a traverso, le quali ha dovuto passare prima di raggiungere la sua forma ultima di organizzazione, non può darci bene la misura dell' ufficio che esso rappresenta, dei bisogni che dal medesimo si svolgono, operando in contrasto con altri istituti affini, se non viene studiato nelle sue fasi storiche anteriori che servirono a prepararne la forma organica diffinitiva.

La espressione *possesso reale* in ordine all' eredità ed agli effetti che ne derivano relativamente allo inventario, è apparsa la prima volta nel codice albertino negli art. 1007 e 1017, e ricomparsa poi negli articoli 952, 959 e 932 del codice italiano; ma essa, nondimeno, per un intimo addentellato di magnifiche tradizioni, si collega al Diritto Romano ed alla legislazione francese, nella quale fu anche grande l'influsso delle idee germaniche.

A) *Diritto Romano.*

Nel Diritto Romano vanno gelosamente distinti due momenti in ordine alla successione ereditaria; la *delazione della eredità* e *l' adizione dell' eredità; hereditas heredi defertur; heres adit hereditatem.*

La *delazione* non era altro che la *chiamata* alla successione o meglio la *successibilità* sia in base a un testamento, sia in base alla legge. « *Delata hereditas intelligitur, quam quis possit adeundo consequi* » (fr. 151, Dig. *De verb. signif.* L. 16). Essa costituiva il titolo giuridico per acquistare l' eredità, e ne apriva l' adito. Ma l' eredità *delata* non si acquistava realmente ossia *di fatto* se non mediante un atto speciale dell' erede inteso a manifestare la volontà di raccogliere la successione deferitagli.

L'eredità *delata* ad un estraneo, finchè non era adita, si reputava giacente, *jacens* (fr. 5, § 20, Dig. *ut in possess. legat. vel. fidei comm. servand.* etc. XXXVI, 1; fr. 13, § 5, Dig. *quod vi aut clam.* XLIII, 24), come *soggetta* essa stessa di diritti e di obbligazioni rappresentando la persona del defunto. « *Nondum* « *enim adita hereditas personae vicem sustinet, non heredis* « *futuri sed defuncti* » (§ 2 Inst. de hered instit II, 14). « *Heredi-* « *tas enim non heredis personam, sed defuncti sustinet, ut* « *multis argumentis juris civilis comprobatum est.* (fr. 34 Dig. « de adqu. rer. dom. XLI, 1). « *Loco domini hebetur hereditas* » (fr. 15 pr. Dig. de interrog. in juris pro domino habetur; fr. 61 pr. Dig. de adqu. rer. dom. XLI, 1).

Dal principio rigoroso del Diritto Romano che *hereditas non-dum adita non trasmittitur* derivava una conseguenza assai più rigorosa, e spesso deplorevole ancora: quella cioè che, se l'erede istituito moriva senza aver fatto adizione, egli non trasmetteva ai suoi successori il diritto di raccogliere l'eredità, la quale, considerandosi tutt'ora giacente, dava diritto di adirla ad un altro ordine di successibili; *hereditatem, nisi fuerit adita, trasmitti nec veteres concedebant; nec nos patimur.* (Leg. un. § 5, Cod. de caduc. toll., VI, 51; fr. 3, § 7. Dig. de bon. possess. XXXVII, 1; leg. 7, Cod. de jure delib. VI, 30).

Al rigore di tale conseguenza, che parve assai inumana, derogarono, in linea di eccezione riguardo ai discendenti del defunto soltanto, gli imperatori Teodosio e Valentino colla Legge unica *Cod. de his qui ante apert. tab. hered. transmit.*, VI, 52.

Intanto è singolarmente notevole, in ordine al nostro assunto, come l'adizione dell'eredità faceva passare nello erede soltanto il *dominio* della medesima, ma non già il POSSESSO. L'erede certamente che, dopo l'*adizione,* trovavasi investito del *dominio* dei beni ereditarii aveva irrefragabile il diritto di go-

derne la potenza di entrare nel possesso dei medesimi, ma da altro canto, costituendo essa un semplice rapporto di fatto, il *possesso materiale* dei beni ereditarii non passava *ipso jure* nell' erede al pari del dominio, ma solo mediante lo esercizio degli atti richiesti per produrre cotale effetto. Questo principio può dirsi inconcusso nel Diritto Romano, poichè universalmente e formalmente riconosciuto da tutti i giureconsulti, i quali tutti sono di accordo nel ritenere, che l' erede per virtù dell' *adizione*, acquista soltanto insieme al dominio, il diritto di possedere l' eredità, ma non il *possesso di fatto* che ha d' uopo della *materiale apprensione*.

Ulpiano sentenzia: « *Possessionem hereditas non habet, quae facti est et animi; sed nec heredis est possessio antequam possideat; quia hereditas in eum id tantum transfundit, quod est hereditatis; non autem fuit possessio hereditatis* » *(fr. I,* § 15, Dig. *De is qui testam, etc. XLVII,* 4).

E il giureconsulto Giavoleno, con maggiore efficacia: « *Cum heredes instituti sumus adita hereditate, omnia quidem jura ad nos transeunt: possessio tamen nisi naturaliter comprehensa ad nos non pertinet* » (fr. 23, Pr. Dig., *De adq. vel amit posses.*, XLI, 2).

Con pari eleganza e non minore efficacia soggiunge il giureconsulto Paolo: « *Quod per colonum possideo, heres meus, nisi ipse nactus possessionem, non poterit possidere: retinere enim animo possessionem possumus.* » (Fr. 30 § 5. Dig. *ibidem).*

La conferma poi la più decisiva che l' erede in forza dell' *adizione* acquistava solo il *diritto* di possedere, ma non il *fatto* materiale del possesso, si ha nel celebre editto *Quorum Bonorum* concesso appunto dal pretore all'erede per acquistare il *possesso* dei beni ereditarii esercitato da altri. (Fr. 1, *Dig., Quor Bon* XLIII, 2).

Messi così in rilievo i principii inconcussi del Diritto Romano in ordine allo acquisto della proprietà e del *possesso* dei beni ereditarii, si vedrà ora alla prova come siano semplicemente di forma le differenze fra esso e il diritto moderno, nel cui dominio è entrato universalmente il principio divenuto celebre *le mort saisit le vif*. Trattasi solo che alla *finzione* romana della eredità giacente — la quale *personae vicem sustinet,* e si reputa capace di diritti patrimoniali nella rappresentanza del defunto, all' oggetto di mantenere la continuità del *diritto* — si sostituisce invece solo l' impero di una finzione nuova, che cioè il dominio e il *possesso di* DIRITTO dei beni passa immediatamente *tanquam sagitta* nell' erede per lo stesso scopo di serbare la *continuità* del *diritto*. La essenza della finzione romana sta in ciò che si reputa sopravvivere la persona del defunto per conservare un proprietario ed un possessore titolare dei beni, i quali altrimenti resterebbero senza padrone, malgrado che questo titolare non esista più; mentre la essenza della finzione germanico-francese invece sta in ciò che si reputa come proprietario e possessore titolare dei beni l' erede quand' anche, e prima anche che abbia *accettata* effettivamente l' eredità.

Questa differenza modale nella premessa si riflette di necessità nelle conseguenze che ne derivano. Onde, mentre, per diritto romano, l' erede, morendo prima dell' adizione non trasmetteva ai suoi successori il diritto di raccogliere l' eredità, la quale, essendo giacente, non aveva ancora acquistato; per la legislazione moderna, invece, siffatto diritto si trasmette ai successori dell' erede, prima ancora dell' accettazione, perchè in lui il dominio e il possesso *giuridico* astratto della eredità passa *ipso jure* (art. 939 Codice civile).

Ma, quanto al resto, gli effetti che ne derivano sono perfettamente identici, poichè, tanto col fatto dell' *adizione* in diritto

romano, quanto col fatto dell' *accettazione* in diritto moderno, la proprietà ed il possesso dell' eredità si presume continuare immediatamente e senza interruzione dalla persona del defunto in quella dello erede.

B) *Diritto francese.*

All' antica formola del Diritto Romano *hereditas nondum adita non trasmittitur,* si contrappone come antitesi la formola nuova del diritto moderno *le mort saisit le vif,* la cui genesi storica o che si voglia trovare in mezzo alle popolazioni germaniche dove connaturato era l' istituto del *condominio* famigliare, o che voglia trovarsi in una felice reazione, favorita abilmente dai giuristi, contro la tirannia dei signori feudali, che pretendevano il diritto di una novella investitura alla morte di ciascun vassallo, non vale per nulla a modificare l' intimo significato e la natura giuridica della medesima. Essa rappresenta il sostituirsi di una trasmissione *simbolica* o *immaginaria* dei beni del defunto nell' erede alla tradizione materiale e solenne, che prima soleva farsi anticipatamente per atto tra vivi, come se il morto nell' ultimo istante della sua vita avesse il potere di fare allo erede designato la *tradizione* dei suoi beni!

Questo impossessamento *simbolico* ed istantaneo, determinato dalla necessità di non lasciare un momento senza padrone i beni del defunto, fu comune in Francia ai paesi di diritto scritto e di diritto consuetudinario, colla differenza che nei primi abbracciava tanto gli eredi legittimi, quanto i testamentarii, mentre nei secondi era limitato soltando agli eredi legittimi. Fu perciò che il Tiraquello ebbe a qualificarlo *la coutume du monde,* e sotto l' azione di questo concetto esagerato si ebbe un posto di onore nel Codice Francese.

Senonchè il legislatore francese, pur conservando intatto il principio dell' immediato impossessamento, ha variato solo lieve-

vemente la dizione della formola: anzichè dire rudemente che il *morto impossessa il vivo,* dice più acconciamente *che l' erede trovasi investito dell' immediato possesso per virtù della legge.* È questa infatti la disposizione dell' art. 722 del Codice Napoleonico « Les hèritiers legitimes sont saisis de *plein droit* des biens droits et actions sous obbligation d' acquiter toutes les charges de la succession. »

L' erede dunque trovasi investito del possesso di *pieno diritto* per opera della legge; ma appunto per questo trattasi di un possesso *fittizio* e di puro diritto il quale costituisce il titolo nell' erede per acquistare il possesso *reale* o di *fatto,* ma non é esso solo il *possesso reale* o di *fatto*, che non è possibile a concepirsi senza l' esercizio effettivo del *diritto.*

Scrive egregiamente in proposito il Tartufari in una dotta appendice al vol. IX del Laurent, (traduzione Italiana fatta per cura della casa editrice Vallardi n. 64) le seguenti notevoli parole: « La trasmissione immediata del possesso ereditario, pertanto, sin dall' origine non fu che l' attribuzione di un FINTO *possesso* all' erede. Lo dice espressamente il *Grande Coutumier,* e per i tempi antichi ce lo attestano *Pothier, Demolombe* e molti altri. E in un *finto possesso* o *possesso civile* attribuito all' erede consiste anche oggidì per dottrina comunemente ricevuta. Insomma il possesso vero, reale, *di fatto,* ch' era nel defunto, diventa *finto, civile, di diritto* nell' erede. Ma cotesto *finto possesso* o *possesso di diritto* dà la facoltà di pigliare di proprio moto il possesso *effettivo* e *reale* della sostanza ereditaria, senz' uopo di alcuna tradizione, approvazione, autorizzazione e decreto: imperocchè il *possesso di diritto* fornisce il *titolo* legittimo per apprendere il possesso *reale,* precisamente come avveniva della *bonorum possessio* conceduta dal pretore.

« Lo stesso *Grand Coutumier* nel luogo sopra citato così con-

tinua: Mais de son autorité se peut *de fait* en saisiner et à « lui est nècessarie cett'*apprehension de fait* avant qu'il se puisse « avoir entière saisine. » •

Secondo il *Grand coutumier,* dunque, il possesso *finto di diritto* doveva completarsi col *possesso reale* ottenuto mercè del dispiegamento dell' attività dell' erede.

E l' illustre scrittore nell'affermar questo non fa che riprodurre fedelmente l' insegnamento unanime della dottrina e della giurisprudenza francese, poggiato sulla classica dottrina del Pothier, il quale si esprime in questi termini: « Cette saisine de « l' héritier est une PURE FICTION DE LA LOI, *commentum nostri* « *juris civilis,* le mort est censé saisir ainsi son héritier, quiqu' il « n' ait et qu' il n' ai pu avoir aucune volonté de le faire, comme « dans le cas de la succession d' un enfant ou d' un insensé. » (POTHIER, *Traité des successions,* chap. III. sez. 2ª).

La investitura, dunque, per opera della legge si limita unicamente al *possesso di diritto:* ma, per acquistare il possesso di fatto, che è l' esercizio legittimo del diritto di possedere, si richiede la materiale *apprensione* ovvero è d' uopo lo esperimento delle *azioni possessorie,* secondochè i beni della successione si trovano liberi, ovvero nel potere materiale di persone non aventi diritto all' eredità.

Insomma il *possesso di diritto* é l' opera esclusiva della legge, il *possesso reale* e di fatto, invece, è l' effetto della volontà e dell' attività dell' erede: il primo dà soltanto il *titolo* e la possibilità di possedere; il secondo, poi, costituisce l' esercizio e l' attualità del possesso ed è in pari tempo *atto di erede.*

Come diversa è la codizione giuridica dell'erede, secondochè egli si trova nel semplice possesso *legale di diritto* per virtù della *saisine,* ovvero ha pure il possesso *reale* o di *fatto* dei beni ereditarii, così anche diversi sono gli effetti che ne derivano

nell' una e nell' altra ipotesi, del pari che sotto altri rapporti, anche in ordine eziandio alla formazione dell' inventario. E in vero, l'articolo 795 del Cod. Nap., prescrive: « L' héritier a trois « mois pour faire inventaire, à compter du jour de l' ouverture « de la succession. — Il a de plus, pour déliberer sur son ac- « ceptation ou sa rénonciations, il faut un délai de quarante « jours, qui commencent à courir du jour de l' expiration des trois « mois donnés pour l' inventaire, ou du jour de la clôture de « l' inventaire, s' il a été terminé avant les trois mois. »

Soggiunge quindi l' art. 800:

« L' héritier conserve néammoins, après l' expiration des « délais, accordés pour l' article 795, même de ceux donnés par « le juge conformement à l' article 779, la faculté de faire en- « core inventaire et de se porter héritier beneficiaire, *s' il n' a « pas fait d' ailleurs acte d' héritier*, ou s' il n' existe pas contre « lui de jugement passé en force de chose jugé: qui le condanne « en qualité d' héretier pur et simple. »

Dunque quand' anche l' erede chiamato a raccogliere la successione e che, per opera della legge, trovasi investito del possesso di *diritto* dei beni ereditarii, non abbia dato principio alla formazione dell' inventario, non perciò egli trovasi decaduto dal diritto di conservare od assumere la qualità di erede beneficiato procedendo alla confezione dell' inventario dopo spirati i tre mesi entro i quali il medesimo dee compiersi.

Egli mantiene intatta la facoltà di assumere o conservare la qualità di erede beneficiato, purchè però non esista contro di lui una sentenza passata in giudicato che l' abbia condannato nella qualità di erede *puro e semplice;* e purchè egli d' altro canto non abbia compiuto alcun ATTO DI EREDE.

Scrive in proposito il Chabot de l' Allier, la cui competenza in materia di successione è incontestabile:

« 1) Les créanciers de la succession ne puissent opposer à l'héritier, qui voudrait faire inventaire et se porter héritier bénéficiaire, après les délais fixés part. l'art. 795, qu'il n'en a plus la faculté, pour ne l'avoir pas exercé et dans ces délais. « 2) Il n'empêche *(l'inventario cominciato dentro i tre mesi)* pas que les créanciers puissent commencer ou continuer des poursuites contre l'héritier, malgré la déclaration qu'il à faite, et quoiqu'il ait commencé l'inventaire et que l'art. 800 ne déroge pas, non plus, aux articles 798 et 799, qui mettent les frais de ces poursuites à la charge personnelle de l'héritier. 3) Mais aussi, que d'aprés son intention et l'objet qu'il s'est proposé, les tribunaux ont le droit suivant les circostances, de surséoir, pendant de court délais soit à prononcer des jugements définitifs de condannation contre les héritiers qui ont légalement déclaré vouloir ne se porter qu'héritiers bènèficiaires et qui ont commencé l'inventaire — Il y a cependant deux cas ou l'héritier ne peut plus se porter héritier bènèficiaire. Le premier cas est celui oû il a déjà fait *acte d'éritier* pur et simple. Ayant consommé l'option, qui lui était déférée, d'accepter sous bénefice d'inventaire, il ne peut plus revenir contre l'espèce d'inventaire, il ne peut plus revenir pour laquelle il s'est déterminé, si ce n'est dans les circostances prèvues par l'art. 783. Le second cas est celui on il existe contre lui un jugement passé en force de chose jugée, qui le condanne comme héritier pur et simple, à défout par lui d'avoir fait renoncé ou d'avoir fait inventaire dans les délais prescrits. » CHABOT DE L'ALLIER, *Commentaire sur la lois des succession formant le titre premier du libre troisieme du code civil,* tom. second, Paris 1832, comm. all'art. 800, 600, 601).

Dunque, secondo il Cod. Nap., il chiamato alla successione, non perde affatto la qualità di erede beneficiato, ancorchè faccia l'inventario dopo i tre mesi prescritti dalla legge, laddove non

esista contro di lui una sentenza passata in giudicato che lo condanni qual erede puro e semplice, o laddove egli non abbia compiuto un *atto di erede, pro erede gestio.*

L' atto di erede intanto fa decadere dal diritto di mantenere la qualità beneficiata in quanto presuppone già necessariamente in colui che lo compie la volontà di accettare l' eredità in modo puro e semplice, e ne costituisce al tempo stesso la prova. L' art. 778 del medesimo codice napoleonico infatti dice testualmente che l' accettazione « est tacite quand l' héritier fait un « acte qui suppose necessairement son intention d' accepter et « qui il n' aurait droit de faire qu' en la qualité d' héritier. »

Nel quale articolo si ha la perfetta riproduzione della dottrina consacrata dai giuseconsulti romani... « Itaque tunc pro herede « geri dicendum esse ait (Papinianus) quotiens accipit quod *citra nomen et jus heredis* accipere non poterat (Ulpiano fr. 20, §. 4, Dig., *de ad quir. vel omit., hered.* XXIX; 2) »

Ma quali sono gli atti che, supponendo necessariamente l' intenzione di accettare l' eredità in modo puro e semplice, si considerano come atti di erede *pro erede gestio,* appunto perchè si rende inconciliabile il compimento di quegli atti colla volontà di rinunziare all' eredità o di accettarla col beneficio dell' inventario? Una risposta astratta a siffatto quesito non può darsi, poichè il giudicare secondo i casi se un atto possa qualificarsi atto di erede, *pro erede gestio,* dipende non solo dalla natura giuridica dell' atto che si compie, ma dalla variabilità delle circostanze che possono accompagnarlo, e dalla intenzione di colui che lo compie altresì. Così difatti sentenzia il giureconsulto Ulpiano nel frammento citato:

« Pro herede gerere videtur is qui aliquid facit quasi heres. « Et generaliter JULIANUS scribit eum demum pro herede gerere « qui aliquid quasi heres gerit, pro herede autem gerere non

« esse FACTI quam ANIMI: nam hoc ANIMO ESSE DEBET UT VELIT « ESSE HERES. »

L'illustre romanista Maynz, con quella autorità che tutti gli riconoscono, compendiando la dottrina dei giureconsulti romani colla scorta dei più celebrati interpreti di esso, e riferendosi anche alle disposizioni del Codice Napoleonico, scrive egregiamente in proposito queste belle e decisive parole:

« La quéstion de savoir si un acte fait par la personne « habile a succeder constitue, dans une espéce donnée, une *pro* « *herede gestio,* est parfois assez difficile à résoudre. On a « cherché à donner, à cet effet, des formules générales, en disant « qu'on devait considérer comme ayant ce caractére les actes « qui supposent nécessairement l'intention d'accepter: nous lisons « aussi dans le Digeste que celui-là fait acte de gestion qui fait « ce qu'il n'aurait droit de faire qu'en la qualité d'héritier. « Mais ces deux proposition ne sauraient admises comme énon- « çant des régles générales: la première ne résout point la que- « stion, la seconde, tout en parlant d'une idée juste, n'est pas « d'une rédaction rigoureusement exacte. La verité est que c'est « une question de fait, que nous devons résoudre en combinant, « dans chaque cas donné la nature générale de l'acte avec les « circostances de l'espéce et avec l'intention qui a présidé à « l'acte; ce qui ne nous empêche pas de présenter des considé- « rations générales qui peuvent servir plutôt de guide pratique « que de régle fixes. Il y a, en effect, des manifestations de « volonté qui, faites par une personne habile a succeder, impli- « quent toujours presque nécessairement l'*animus haeredis.*

« Tels sont les actes qui ne peuvent avoir d'autre but que « d'acquérir la succession ou qui supposent nécessairement une « hérédité acquise: demander la *bonorum possessio;* agir en « nullité ou en rescission du testament; intenter les actions qui

« ont pour but de faire valoir le droit d'éredité, comme la « hereditatis petitio, l'actio familiae erciscundae; aliéner ses « droits successifs, délivrer les legs imposés par le testament: il « en est peu près de même des actes, par lesquels nous dispo- « sons à titre de maître des biens qui se trouvent dans la suc- « cession: PRENDRE POSSESSION, avec ou sans autorisation de ces « biens et en jouir. » MAYNZ, *Cours de Droit Romain,* T. III, n. « 396, p. 414-116, Ed. Bruxelles.

Ma cediamo la parola al principe dei giureconsulti Romani, Papiniano, il quale nel suo stile scultorio afferma che il chiamato all'eredità fa atto di erede, anche quando possiede materialmente beni estranei all' eredità, i quali egli nondimeno reputa appartenenti alla medesima « Gerit pro herede qui animo agnoscit « successionem, licet nihil attingat hereditarium: unde et si do- « mum pignori datam, sicuti hereditariam retinuit, cujus possessio, « qualis fuit in hereditate, pro herede gerere videtur: itemque « est et si alienam rem ut hereditariam POSSEDISSET. (fr. 88, Dig. eod. tit.) »

Dunque l'immissione nel possesso materiale dei beni successorii, *bonorum possessio,* in qualsiasi modo essa avvenga, costituisce atto di erede, *pro erede gestio,* non essendo compatibile l'intenzione di ripudiare l'eredità o di accettarla col beneficio dell'inventario, col godimento attuale dei beni che la compongono. Ma d'altro canto, come nel diritto romano non vi ha un testo esplicito, il quale stabilisca formalmente di fare atto di erede colui che s'immette nel possesso reale dei beni ereditarii, così neanche nel Codice francese vi ha una disposizione esplicita, la quale affermi il medesimo principio.

Di quì le grandi ed inestricabili controversie dibattutesi nel campo della dottrina e le inevitabili oscillazioni della giurisprudenza francese. Ma di qui anche la necessità di abbandonare al

prudente arbitrio del magistrato la decisione, se nei singoli casi, tenuto conto delle circostanze che l' accompagnano e della intenzione, *animus* come sentenzia Ulpiano, di colui che acquista il possesso materiale dei beni ereditarii, questo fatto sia bastevole da solo per essere qualificato atto di erede. E si sa che *quaestio facti in arbitrio judicantis est.*

Dipende, dunque, dall' arbitrio esclusivo del magistrato il giudicare se l' immissione nel possesso materiale dei beni ereditari costituisca o no, nelle singole specie, atto di erede; mentre identico in tutti i casi è il fatto che si compie, identiche le circostanze che sogliono accompagnarlo, identici per lo più gli effetti che sogliono derivarne — cioè l' ingerenza e il godimento indebito dei beni ereditari con danno certo dei creditori.

C) *Codice Civile Albertino ed Italiano.*

Fatti accorti di questo deplorevole inconveniente, i compilatori del Codice Albertino vollero portarvi valido rimedio col disporre testualmente, che l' immissione nel possesso materiale dei beni costituisce atto d' erede. Ond' è che colui il quale, trovandosi nel possesso reale dei beni ereditari, non compie l' inventario entro i tre mesi dal giorno dell' aperta successione, nè si conforma ai precetti stabiliti dalla legge in ordine al medesimo, decade dal beneficio dell' inventario e si reputa erede puro e semplice. Ma viceversa non ha obbligo di formare lo inventario l'erede che non ha il possesso reale dell' eredità. Son questi i termini precisi dell' art. 1017 del Cod. Albertino: « Qualora si « tratti di erede, il quale non sia nel possesso reale dell' eredità, « e non siasi in essa immischiato, essendovi istanze contro di lui « promosse, i termini come sopra stabiliti per fare l' inventario « e per deliberare, non cominceranno a decorrere che, dal « giorno che sarà fissato dal Tribunale. »

Facendo plauso a questa disposizione del Codice Albertino, riprodotta quindi nel codice italiano, con cui viene risoluta testualmente dalla legge una quistione assai controversa, scrive queste belle ed autorevoli parole il Tartufari nella monografia poc' anzi citata:

« Se non che, parte per non essere dicevole, che la condizione di un' eredità abbia a durare lungamente in sospeso.
« parte perchè il colore della vigilanza e dell' amministrazione
« temporanea non serva a coprire un effettivo godimento della
« sostanza ereditaria; il legislatore è venuto nel savio divisamento
« di argomentare per presunzione di diritto, che la insistenza
« materiale sopra i beni ereditari, il possesso reale, per un certo
« tempo protratto, importasse necessariamente accettazioni, quan-
« do quel possesso non si fosse manifestamente esercitato, in
« nome altrui, non si fossero adottate certe cautele, intese a gua-
« rentire l' interesse dell' eredità e degli eredi. Ed è ben ragione;
« sendo che, come il possesso di diritto autorizza a pigliare il
« possesso reale o di fatto, così è logico, che questo, risalendosi
« dall' effetto alla causa, faccia argomentare la preesistenza di
« quello. Perchè dal possesso reale, argomentandosi, per pre-
« sunzione di legge, l' accettazione, questa si retrotrae al mo-
« mento dell' aperta successione, e fin da quel momento fa il
« successibile divenire erede e gli acquista la eredità. » (Op. cit. n. 117).

Le quali disposizioni, derogatorie a quella dell'articolo 800 del Codice Francese, furono introdotte, secondo si rileva dai lavori preparatorii del Codice Albertino allo scopo determinato « di antivenire gli abusi dei chiamati all' eredità; i quali, sotto
« lo specioso titolo di creditori del defunto, si mettevano nel pos-
« sesso dei beni ereditari, li godevano, ne disponevano come

« eredi senza curare di estinguere le passavità ereditarie. »

Il legislatore italiano, ammaestrato dall' utile esperienza della felice innovazione apportata dal legislatore subalpino nell' art. 1017, ne ha riprodotta integralmente la disposizione, salvo qualche lieve miglioramento di locuzione, nel corrispondente articolo 962; del quale son questi i termini: « Qualora si tratti di erede « il quale non sia nel *possesso reale* dell' eredità, nè siasi in « essa INGERITO, ove siano proposte istanze contro di lui, i ter-« mini sopra stabiliti per fare l' inventario e per deliberare non « cominciano a decorrere, che dal giorno, che sarà fissato dal-« l' autorità giudiziaria — Ove poi contro di lui non si propon-« gono istanze, egli conserva sempre il diritto di fare l' inven-« tario, finchè il tempo per accettare non sia prescritto. »

Se non che, il legislatore italiano ha fatto di più. Per ribadire meglio la differenza di trattamento in ordine all' inventario fra l' erede che ha il possesso di fatto e quello che ha semplicemente il possesso di diritto dell' eredità, adopera anche un' altra volta nell' art. 959 l' espressione « possesso reale. »

« L' erede che si trova nel « possesso reale » dell' eredità « deve fare l' inventario entro tre mesi dal giorno dell' aperta « successione o dalla notizia della devoluta eredità. »

Il notevole intanto si è, che nel Codice Albertino sussiste già l' art. 967 e nel Cod. Ital. l' art. 925 nei quali è consacrato, del pari che nell' art. 724 del Codice francese il principio che « il possesso dei beni del defunto passa di dritto nella persona « dell' erede » — « les héritiers legitimes sont saisin de plein « droit des biens, droits, et actions etc. ». La differenza sta solo in ciò che mentre il legislatore francese restrinse l' effetto dell' immediato impossessamento di diritto agli eredi legittimi in omaggio al principio del diritto consuetudinario che « Dieu seul peut faire un héritier », i legislatori subalpino ed italiano,

invece, ispirandosi ai supremi postulati di ragione ed alle tradizioni nazionali del diritto romano, ne estesero gli effetti anche all'erede testamentario.

L'innovazione dunque che apportarono i legislatori subalpino ed italiano, il primo negli art. 1014 e 1017, il secondo nei corrispondenti art. 959 e 962, si limita unicamente all'art. 800 del codice francese il quale dice, in modo generico, che spirati i tre mesi dal dì dell'aperta successione decade dal diritto di assumere la qualitá di erede beneficiato colui, che ha fatto « atto di erede, » senza specificare quali debbano qualificarsi atti di erede, e lasciando incerto perchè abbandonata la decisione allo arbitrio del magistrato, se la immissione del possesso reale dei beni costituisca o no atto di erede. E l'essenza di tale innovazione è ispirata unicamente da questo concetto, che il legislatore subalpino ed italiano, allo scopo di far cessare una serie di arbitri inevitabili, perchè insiti alla natura stessa delle cose, nello apprezzamento dei magistrati, e con essi una infinità di controversie disastrose, e di prevenire altresì le frodi in danno dei creditori, ha definito testualmente il possesso materiale dei beni successori come atto di erede; tale perciò da far perdere la qualità di erede beneficiato se lo inventario non si compie entro i tre mesi dal dì dell'aperta successione, ovvero nel termine regolarmente prorogato dall'autorità giudiziaria.

§ 3.

Significato inconcusso dell' espressione possesso reale *nel Codice Italiano.*

Basta tener conto del processo storico soltanto, per comprendere in tutta la sua pienezza quale sia il vero ed irrefragabile

significato della espressione *possesso reale*, adoperata dal legislatore italiano sulle tracce del legislatore subalpino.

Il processo storico, ben inteso, ci rappresenta uno sforzo costante dei legislatori di ogni tempo, allo scopo di non lasciare un momento senza padrone i beni di coloro che, per effetto della morte, rompono tutti i legami, onde si trovano congiunti alla vita. Il diritto romano, per colmare siffatto vuoto, escogitò la finzione dell' eredità giacente « quae defuncti vicem sustinet; » il dritto moderno escogitò la finzione che l' erede nel momento stesso della morte trovasi impossessato *ipso jure* per opera del defunto: « le morte saisit le vif. » Cambia soltanto la natura della finzione, « ma si serba sempre la continuità del diritto. » Nel dritto romano si fa « sopravvivere » il dritto del defunto quando questi difatti non ne ha più alcuno; nel dritto moderno si « reputa nato » il diritto dell' erede prima ancora che questi lo abbia realmente acquistato per effetto dell' accettazione espressa o tacita. Nel dritto romano il *jus successorium* non passa nell' erede prima e senza dell' *adizione:* HEREDITAS NONDUM ADITA NON TRASMITTITUR; nel dritto moderno la investitura ha luogo immediatamente di pieno dritto *le mort saisit le vif;* ma perchè la semplice presunzione si converta in fatto è d' uopo sempre dell' *accettazione.*

Tutta la differenza dunque fra il dritto romano e il dritto moderno consiste unicamente nel modo come si trasferisce il *jus successorium;* ed in ciò appunto consiste anche la diversa natura della finzione.

L' erede secondo il diritto romano avea bisogno necessariamente dell' « adizione; » per trovarsi nella condizione identica a quella in cui si trova l' erede sotto l' impero del diritto moderno. Ma tolta questa differenza in ordine all' acquisto del *jus*

successorium, perfettamente uguale è la condizione dell' erede tanto in dritto romano, quanto in dritto moderno di fronte ai beni della successione. Nel dritto romano dopo l' adizione, nel dritto moderno senza l' adizione, per sola finzione di legge, l' erede si considera avere il *possesso* di dritto dei beni ereditarii, ma il possesso di fatto non può acquistarlo che mediante l' *apprensione materiale* o mediante lo sperimento delle azioni possessorie, secondo che i beni si trovano liberi o sono occupati da persone estranee non aventi dritto alla successione.

Il *possesso reale* o di *fatto* non è che il complemento e l' attuazione del possesso *legale* o *di dritto,* il quale resta sempre allo stato di semplice *finzione* ed astrazione se non si traduce né si risolve in *possesso reale* o di *fatto.*

Come si può dunque confondere il *possesso legale,* o di dritto col *possesso reale* o di *fatto?* l' uno che è una semplice finzione della legge, l' altro che è l' espressione della volontà e dell' attività dell' uomo — l' uno che è un titolo astratto, l' altro che ne costituisce l' esercizio concreto?

Non faccia impressione il valore letterale della sola parola *possesso,* che la legge adopera ugualmente in ambo i casi: mentre basta il più volgare richiamo degli antecedenti legislativi, per convincersi che affatto diverso è il valore della medesima parola *possesso* nell' uno e nell' altro caso. Ma, a parte gli antecedenti legislativi, la differenza profonda balza agli occhi nella maniera più evidente, sol che si ponga mente al significato letterale delle espressioni usate dalla legge, allo spirito che le informa, alla diversità di relazione e di conseguenze giuridiche che derivano nell' uno e nell' altro caso per effetto di una doppia ipotesi concepita dalla mente del legislatore, all' insegnamento concorde della dottrina, ai responsi unanimi della giurisprudenza.

A) *La parola della legge:*

E, innanzi tutto, basta la semplice lettura del Codice, perchè si vegga come il legislatore negli articoli 693 e 925 adopera, senz' alcuna aggiunta, la semplice parola POSSESSO che passa di diritto dalla persona del defunto in quella dell' erede, mentre, negli articoli 952, 959 e 962, adopera formalmente e tassativamente l' espressione POSSESSO REALE. Ma REALE significa quel che *rei inheret,* s' incarna e si palesa sotto una forma concreta e materiale di esistenze, onde costituisce l' opposto di fittizio, di astratto, di immaginario. E il legislatore, adoperando l' espressione possesso coll' aggiuntivo REALE che non si legge mica negli art. 693 e 925, come contrapposto a quella di semplice possesso che passa di diritto ha voluto certamente denotare un possesso, che sia vero ed effettivo, in opposizione a un possesso che è astratto, immaginario e di puro dritto, in altri termini ha inteso significare il vero possesso di fatto che si acquista mediante l' apprensione o lo esercizio delle azioni possessorie, sperimentate dallo erede in opposizione al possesso di diritto, che si trasmette *ipso iure* per opera della legge.

Ora è precetto elementare di ermeneutica forense che *ubi in verbis nulla ambiguitas est non debet admitti voluntatis quaestio;* principio questo elevato alla dignità di disposizione legislativa dall' art. 3 delle disposizioni preliminari; ove sta scritto:

« Nell' applicare la legge non si può attribuirle altro senso che quello fatto palese *dal proprio significato* delle parole, secondo la connessione di esse e dalla intenzione del legislatore. »

Siamo sempre all' insegnamento imperituro della sapienza romana: *Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est aliud sensisse testatorem.* (Fr. 69, Dig. *De legat et fideicom.* XXXII, 2).

La Corte di Cassazione, che, per virtù del suo alto ufficio, è chiamata ad essere custode sovrano e vindice della legge, dovrebbe saperlo da maestro; non essendo presumibile, che il legislatore voglia adoprare diversità così marcata di *locuzione,* dove non abbia animo di esprimere anche diversità d'*intenzione.*

B) *Lo spirito della legge.*

Ma elevandoci sopra al senso letterale delle disposizioni legislative in esame, balza agli occhi per la irrefragabile evidenza delle cose, lo *spirito* onde le medesime sono dominate.

E in vero cogli art. 952, 959 e 962 il legislatore prevede testualmente due ipotesi diverse, quella dell'erede, che si trova nel possesso reale dell'eredità, e quella dell'erede che non si trova nel possesso reale.

Ora per virtù dell'art. 925 corrispondente all'articolo 724 del Cod. Francese, il possesso passa nell'erede di pieno diritto, *ministerio legis,* sol che egli sia chiamato all'eredità, a sua insaputa e senza sua volontà.

Se tutti gli eredi, senza distinzione di sorta, per effetto dell'aperta successione, si considerassero egualmente nel possesso reale dell'eredità, mancherebbe nella legge assolutamente la ragione di stabilire due ipotesi diverse: cioè nell'articolo 952 e 959 quella dell'erede che si trova nel possesso reale dell'eredità, e nell'art. 962 quella dell'erede, che non si trova nel possesso reale dell'eredità.

La identità escluderebbe la differenza. Ma se la differenza sta nella legge, non è in potere dell'interprete il cancellarla a suo arbitrio; e la differenza sta nella legge appunto perchè insita alla natura stessa delle cose.

E di vero, il *passaggio* del *possesso,* che si verifica *di diritto*

dalla testa del *de cujus* in quella dell' erede, non è che una mera *praesuntio juris,* un possesso astratto, di mero titolo che appresta il *jus possidendi,* non la *possessio facti,* e costituisce un semplice *stato giuridico* introdotto per mantenere la *continuità* del *diritto,* ed evitare l' inconveniente di lasciare un istante senza padrone i beni successorii:

« Cette saisine de l' héritier est une *pure fiction* de la loi, *commentum nostri juris civili.* » (POTHIER, *Op. e loc. cit.).*

« La saisine est une *fiction; toute fiction* a ses limites dans la loi, qui l' établit. » (LAURENT, *Op. e loc. cit. n. 223).*

Se è un possesso finto, non può nè dee confondersi col possesso vero reale ed effettivo, come non può confondersi l' astrazione colla realità. Una finzione di legge certamente è destinata a produrre effetti giuridici; ma non maggiori, nè diversi di quelli che la legge stessa prescrive.

Il possesso reale invece è il contrapposto del possesso astratto, e di mero diritto, e rappresenta la realità o la materialità che si sostituisce alla finzione e la fa cessare. Il possesso finto, astratto, di mero diritto essendo l' opera esclusivamente della legge, si genera ad insaputa e senza la volontà dell' uomo; ma il possesso reale, appunto perchè il contrapposto del finto, uopo è, si generi mediante l' opera dell' uomo e riunisca in sè il complesso di quelle condizioni che valgono a generarlo. « *Adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se corpore neque per se animo* ».

Il possesso finto o di diritto mette l' erede nella condizione di acquistare il possesso reale o di fatto, di propria iniziativa e senza che abbia uopo di autorizzazione del magistrato, « de son autorité se peut DE FAIT en saisiner » *(Grand Coutumier* liv. II, chap. 21); di esercitare immediatamente il diritto ereditario coi mezzi e nei modi che la legge gli riconosce. Il possesso reale

o di fatto invece costituisce l' esercizio e l' esplicazione del possesso finto o di diritto, e ne è il necessario complemento: « lui NECESSAIRE CETTE APPRÉHENSION de fait, avant qu' il se puisse avoir entière saisine » (*Grand Coutumier* loc. cit.). L' uno rappresenta un titolo potenziale verso l' eredità, l' altro l' esercizio e il godimento attuale dell' eredità medesima.

In questa verità, per sé stessa così evidente, da non aver d' uopo di veruna dimostrazione, ci conferma ancor più la formola dell' art. 925 che contemplando il mero passaggio di drittò dispone:

« Il possesso dei beni del defunto passa di dritto nella persona dell' erede senza bisogno di materiale « apprensione » per denotare che siffatto possesso è meramente fittizio immaginario astratto, una volta che si trasmette senza bisogno di materiale apprensione. Ed una conferma di siffatto principio la troviamo nell' art. 926 immediatamente successivo. Son questi infatti i termini dell' art. 926 corrispondente all' art. 976 del codice albertino:

« Se altri che pretenda aver dritto sopra i beni dell' eredità ne prende possesso, gli eredi si hanno per ispogliati di fatto, e possono esercitare le azioni tutte che competono ai possessori legittimi. »

Cosa vuol dire ciò se non che, malgrado il possesso finto o di dritto, il quale, si trasmette *ministerio legis,* stia nell' erede, tuttavia il possesso reale o di fatto si trova nelle mani di un terzo estraneo che detiene materialmente i beni della successione?

Il possesso reale dunque, in siffatta ipotesi, non si trova nel potere dell' erede, ma del terzo, e l' erede volendo acquistarlo, nol può colla semplice apprensione, essendone impedito dal fatto della detenzione altrui; ma mediante l' esercizio delle azioni possessorie che gli competono appunto perchè, come possessore di dritto, ha la giuridica facoltà di apprendere i beni della successione e di acquistarne il possesso reale, qual complemento neces-

sario del possesso legale. Si scorge così la perfetta analogia fra il possesso per opera della legge e la *bonorum possessio* accordata, nel suo editto, dal Pretore a coloro, che per *jus gentium* erano chiamati all' eredità. « Come il possesso promesso dal pretore nel suo editto era possesso finto, di dritto, che permetteva esercitare tutte le azioni possessorie del defunto, quasi fosse stato effettivo e reale e non di meno era dall' effettivo e reale distinto; così finto e di diritto si é il possesso che nei codici moderni la legge trasmette colla sua autorità nell' erede; possesso ben diverso dal possesso effettivo, reale, che si acquista colla fisica e materiale apprensione. Perchè se il possesso di dritto permette l' esercizio delle azioni possessorie e dà luogo a parecchi effetti del possesso reale; cotesta finzione non si spinge fino a obliterare ogni differenza tra l' uno e l' altro; e il possesso reale produce sempre alcuni effetti, che sono negati al finto. » (TARTUFARI, *Op. cit.* n. 103).

Noi del resto amiamo cedere la parola agli egregi redattori del *Foro Italiano;* i quali, mentre biasimano in una nota assai elaborata (*Foro Ital.* vol. VII. P. 1, col. 193 e seg.) l' arresto della Cassazione di Palermo, mettono bellamente in rilievo quale sia il concetto della legge colla espressione *possesso reale,* e quale la differenza fra le due maniere di possesso designate negli art. 959 e 962. Son questi i termini ond' essi si esprimono:

« Cosa intende la legge con la espressione *possesso reale* allo effetto d' imporre l' obbligo allo erede, che lo ha, di fare l' inventario entro tre mesi dal giorno dell' aperta successione, o dalla notizia della devoluta eredità sotto pena di essere ritenuto erede puro e semplice?

« La soluzione data dal Supremo Collegio di Sicilia si è che con la espressione *possesso reale*, la legge non ha voluto indicare il fatto della materiale detenzione dei beni ereditari congiunto

al diritto di possedere derivante dalla qualità di erede, ma bensì la possibilità giuridica in cui l' erede si trova, per effetto di questa sua qualità, di agire immediatamente sopra i beni della successione. E tutta la forza della sua argomentazione la fa consistere in questo. L'articolo 925 dispone: « Il possesso dei beni del defunto « passa di diritto nella persona dello erede senza bisogno di « materiale apprensione; » dunque è evidente che, se il possesso può continuar dalla persona del defunto in quella dell' erede, senza la materiale apprensione, mai il possesso dello erede, cioè di colui ch' è tale di già, debb' essere congiunto alla materiale detenzione dei beni della successione per sottostare agli obblighi che la legge in tale qualità gl' impone. Se il possesso senza bisogno di materiale detenzione si trova *ipso jure* nell' erede, a che invocare la necessità della detenzione, per imporre a quello che l' ha obblighi maggiori di quello che non l' ha?

« Ma con questo modo di argomentare la Cassazione, ci sembra, si mette al di sopra della legge, di cui dovrebbe essere vindice e custode. Ora la quistione bisogna risolverla colla legge, non senza e malgrado la legge.

« Quel ch' è fuori dubbio si è, che la legge cogli articoli 959 e 962 pone esplicitamente due ipotesi; quella dello erede che si trovi nel possesso reale dell' eredità (art. 959) e quella dell' erede che non sia nel possesso reale dell' eredità (art. 962).

« Intanto basta che si abbia la qualità di erede, perchè il possesso dei beni del defunto passi di pieno diritto nella persona dell' erede, (art. 925). Chi è erede diviene al tempo stesso *ipso jure* possessore dei beni ereditari. Come va allora che la legge, pur riconoscendo tutti gli eredi indistintamente possessori, ammette d' altro canto la possibilità che taluno di essi abbia il possesso reale della successione, e l' altro no? Vuol dire dunque, che son tutti possessori sì, ma non tutti all' istesso modo; vuol dire che

nel concetto legislativo l'espressione *possesso reale* implica qualche cosa di più del semplice possesso: se vi è differenza, vuol dire che non vi è identità.

« E la diversità di locuzione è stata adoperata apposta dal legislatore, per dinotare una diversità di concetto ch' erompe invincibilmente dalla natura stessa delle cose.

« La qualità di erede fa acquistare, di pieno diritto, anche quella di possessore, senza che sia d' uopo di materiale apprensione. Questo, e non altro è il significato degli articoli 693 e 925 nei quali troviamo la consacrazione della celebre massima: « le « mort saisit le vif. »

« Ed entrambe siffatte qualità si originano al medesimo istante, partecipano alla medesima sorte. Ora, come la qualità di erede, costituendo un *nomen juris* fa acquistare soltanto il potere di disporre qual *dominus*, dell'eredità; così del pari la qualità di possessore fa acquistare la possibilità giuridica di agire immediatamente sopra i beni ereditari, rimuovendone anche gli ostacoli che si frappongono mediante l' esercizio delle azioni possessorie. Ma d' altro canto, come il diritto di disporre, che è insito alla qualità di erede, non è da confondersi col fatto della disposizione effettiva, la quale rappresenta l' esercizio del diritto che si ha in potenza; del pari, e per la identica ragione che costituisce soltando un *nomen juris*, non è da confondersi il possesso come possibilità giuridica di agire e di esercitare le azioni possessorie, col fatto di detenere materialmente la cosa e di allontanare, mediante l' esercizio attuale delle azioni possessorie, gli ostacoli frapposti da terze persone estranee al godimento dei beni ereditari, per usare e godere di questi nella maniera più ampia ed assoluta, traducendo in atto il diritto di possedere, che esiste solo in potenza per virtù del *nomen juris* di erede. Si è erede anche senza e prima che siansi esercitati atti di disposi-

zione, che sono già per sè stessi atti di erede; e si è possessore anche prima, e senza che siasi esercitati atti di possesso: « *aliud* « *est possidere, aliud in possessione esse.* »

« Il possesso, adunque, che passa di diritto dalla persona del defunto in quella dello erede, per virtù della semplice delazione ereditaria, si porge come uno stato giuridico introdotto, secondo viene enunciato nella relazione Pisanelli, per meglio rispondere al concetto della continuazione della personalità giuridica del defunto negli eredi che lo rappresentano. Si è soltanto per finzione di legge che il possesso dei beni del defunto passa di diritto al momento della morte nella persona dello erede, e di più questo possesso non passa sempre integro, ma può andare soggetto a modificazioni e diminuzioni » (Cass. di Torino, 13 luglio 1879, Istituto Nascimbene c. Nascimbene, *Foro italiano* 1879, 1, c. 1102.)

« Se profondamente diversa è la condizione dell'erede che, per virtù di questa sua qualitá, acquista il *nomen juris* di possessore, da quella dell'erede che al *jus possidendi* accoppia il *factum possessionis*, mediante la materiale detenzione dei beni ereditari; la diversità di trattamento stabilita dal legislatore non solo è inevitabile, perchè imposta dalla natura stessa delle cose, ma è altresì informata ai principii più rigorosi di eguaglianza e di giustizia. La espressione *possesso reale* o di *fatto,* per conseguenza viene adoperata dal legislatore negli articoli 952, 959 e 962 come contrapposto a quello di *semplice possesso,* o *possesso di diritto* che trovasi adoperata negli articoli 693 e 695. E che il legislatore, adoperando diversità di espressione, abbia inteso esprimere un concetto diverso, si ha una conferma irrefragabile nella chiusa dell'art. 925, ove, dopo aver detto: « Il « possesso dei beni del defunto passa di diritto nella persona « dell'erede, » soggiunge: *SENZA BISOGNO DI MATERIA-*

LE DETENZIONE per denotare come quel che passa è il *jus possidendi* non la *detenzione,* la quale dipende dal fatto materiale della presa di possesso. Ed una nuova conferma, ancora più decisiva, si ha nell' art. 926 col quale si accorda all' erede, per virtù di questa sua qualità il diritto di esercitare tutte le azioni competenti ai possessori contro i terzi estranei che si trovino nel possesso materiale, o di fatto dei beni ereditari. »

C) *Effetti del possesso reale nell' erede in ordine al benefizio d' inventario.*

Questa distinzione — ineluttabilmente vera ed irrefragabile, perchè imposta dalla natura stessa delle cose, contro cui nulla può il mobile arbitrio degli uomini — fra l'erede che ha il possesso meramente *simbolico o di diritto* dell' eredità, conferitogli dalla legge, e l' erede che ne ha il *possesso reale* acquistato col *fatto proprio,* trova immediatamente la sua pratica applicazione in ordine agli obblighi diversi, che il legislatore nell' uno e nell' altro caso impone all' erede, ed agli effetti anche diversi che ne fa scaturire relativamente alla formazione dello inventario.

L' art. 969 difatti, adoprando la stessa frase dello art. 952 relativo alla RINUNZIA, dispone così: « *L' erede,* che si TROVA « nel *possesso* REALE dell' eredità, deve fare l' inventario entro « tre mesi dal giorno dell' aperta successione o della notizia della « devoluta eredità ».

Mentre l' art. 962 dice formalmente che: « Qualora si tratti « di erede, il QUALE NON SIA NEL POSSESSO REALE DELL' EREDITÀ, « nè siasi in essa INGERITO..... CONSERVA sempre il DIRITTO di « fare l' inventario; FINCHÈ il TEMPO PER ACCETTARE NON SIA « PRESCRITTO ».

Certamente l' erede, qualunque sia la condizione giuridica

in cui egli si trova, se vuole accettare l'eredità col beneficio dell'inventario, uopo è lo dichiari espressamente nelle forme di legge (art. 955), essendo questo un beneficio; e *beneficia invitis non dantur.* Ora questa dichiarazione, appunto perchè diretta a mettere l'erede nel grado di acquistare un beneficio accordatogli dalla legge, non può nuocergli: se è un suo beneficio introdotto per premunirlo contro le azioni dei creditori, non può convertirsi in suo danno, salvochè egli ne abusi facendo atti di erede (art. 973-974) o defraudando le ragioni dei creditori (art. 967).

La dichiarazione adunque fatta dall'erede di accettare col beneficio dell'inventario è un atto innocuo e indifferente, il quale non avvantaggia per nulla la condizione dell'erede, nè pregiudica per nulla quella dei creditori, se non è seguita dall'inventario. Essa costituisce un atto meramente *preparatorio,* una semplice manifestazione di volontà, ma non è mica un atto diffinitivo: in altri termini dessa costituisce un semplice proposito, più chè un *fatto giuridico.* Per divenire tale uopo è che sia preceduta o seguita dallo inventario: solo questo, o che preceda o che segua la dichiarazione, ha la virtù d'imprimere nell'erede la qualità di beneficiato. Finchè l'inventario non è compiuto, malgrado la dichiarazione fatta, trattasi di un semplice chiamato alla eredità, non di un erede beneficiato. La disposizione dell'art. 957 è troppo esplicita, perchè possa muoversene il men che lieve dubbio.

Art. 957. « La dichiarazione sudetta non produce effetto se non è preceduta o susseguita dall'inventario dei beni dell'eredità nelle forme determinate dal Codice di procedura civile e nei termini stabiliti in appresso. »

Aggiungiamo anzi di più. Contro e non ostante la dichiarazione di accettare col beneficio dell'inventario, il chiamato alla eredità può divenire erede puro e semplice, sol che incorra in

una delle decadenze comminate dalla legge. Lo diverrebbe, senza dubbio se compisse un atto di erede *pro erede gestio;* e il possesso reale della eredità, spinto oltre i tre mesi senza che venga redatto l'inventario, è qualificato dalla legge vero e proprio atto di erede. E l'erede vien riputato puro e semplice, perchè il fatto del godimento materiale, espressione, a un tempo, e prova della padronanza assoluta che si esercita, è più forte del semplice proposito e della mera riserva di accettare col benefizio d'inventario — *protestatio contra factum non relevat.*

Acciò il chiamato all'eredità che si trova nel possesso reale della medesima non divenga erede puro e semplice dopo il termine di tre mesi, si richiede ch'egli, prima del loro spirare, abbia dato mano all'inventario; essendo questo l'unico fatto giuridico capace a neutralizzare gli effetti del possesso materiale, e a mostrare in colui che ha la seria intenzione di non voler esercitare atti di assoluta padronanza sopra la eredità; appunto perchè l'inventario costituisce la verifica e il controllo dei beni ereditari; verifica e controllo che si permette soltanto da colui, che non vuol divenire assoluto *moderator et arbiter* dell'asse ereditario, ma semplice amministratore e gerente responsabile dei creditori.

Quel che costituisce il vero atto decisivo, idoneo a produrre effetti giuridici in un senso o nell'altro, secondo il concetto del legislatore, è l'inventario: fatto entro i tre mesi, esso imprime solennemente nel chiamato che si trova nel possesso reale dei beni ereditari, la qualità di erede beneficiato; non fatto, gliela toglie in modo reciso ed irrevocabile, non ostante e malgrado la dichiarazione regolarmente emessa di accettare col benefizio dell'inventario.

La dichiarazione adunque secondo l'art. 955, come non vale da sola, senza che sia preceduta o seguita dall'inventario (art.

957), a far acquistare al dichiarante il titolo di erede beneficiato; così neanche può valere a far perdere il titolo di erede beneficiato, sol perchè non abbia ancora redatto l'inventario, a colui che non ha il possesso reale dell'eredità. Essa da sola non dà nè toglie la qualità di erede beneficiato. Quel che dà o toglie siffatto titolo, secondochè sia o no formato entro i tre mesi da colui che trovasi nel possesso reale della eredità, é l'inventario.

Non è quistione d'interpretazione, ma di volgare lettura e di semplice raffronto fra l'art. 957 e 959 Cod. Civ.

Se è d'uopo ancora di altro argomento per afforzare la nostra tesi, già per sè stessa inoppugnabile, lo troviamo inconcusso nella disposizione testuale dello art. 952 così formulata. « Non « ostante ciò che è stabilito negli articoli precedenti, i chiamati « all'eredità, che si trovano nel *possesso reale* dei beni eredi- « tarî, perdono il diritto di *rinunziarvi,* decorsi tre mesi dall'a- « pertura della successione o dalla notizia della devoluta eredità, « se non si sono conformati alle disposizioni circa il benefizio « dell'inventario; e sono riputati eredi puri e semplici ancorchè « opponessero di possedere tali beni ad altro titolo ».

Come potrebbe spiegarsi questa disposizione esplicita della legge, se il *possesso reale* e il *possesso di diritto* fossero la stessa cosa; quando l'art. 943 prescrive testualmente che la facoltà di ACCETTARE (alla quale senza dubbio è unita quella di rinunziarvi — *is potest repudiare qui adquirere potest,* fr. 18, Dig. *de adqu. vel omit hered.* XXIX, 2) un'EREDITÀ si prescrive *col decorso di* TRENT'ANNI?

È d'intuitiva evidenza quindi che altro è il possesso di *diritto,* altro il possesso di *fatto,* altro il *possesso fittizio* che si acquista *ministerio legis,* altro il *possesso reale* che si acquista per FATTO dell'uomo: il primo, non implicando veruna manifestazione di volontà nè esercizio di attività per parte dell'erede, non

lo pregiudica per nulla e gli fa conservare intatto il dritto di *rinunziare* all' eredità o di qualificarsi beneficiato; il secondo invece, costituendo un atto di piena ed assoluta padronanza in ordine ai beni ereditari, fa perdere allo erede il diritto di rinunziare all' eredità, ov' egli non si sia conformato alle disposizioni circa il benefizio dell' inventario; essendo incompatibile la volontà di rinunziare colla volontà opposta, che si estrinseca in atti materiali corrispondenti, di esercitare, senza controllo e senza riserva, dritti di piena ed assoluta padronanza sopra l' eredità; dritti questi, che non può altrimenti esercitare se non unicamente per virtù del titolo di erede (art. 934 capov. ult. cod. civ.; — fr. 20 pr. Dig. *de adqu. vel omit hered.* XXIX, 2).

« *Ergo expectamus in singulis ut prius eis deferatur hereditas; tunc deinde, postea quam delata est, espectamus diem praestitutum: intra quem nisi aut adeàt, aut* PRO HEREDE GERAT, *denegamus ei actiones* » (ULPIANO, *fr.* 69 *Dig. De adq. vel o-* « *mit. heredit.*, XXIX, 2). »

La diversità così decisiva, adunque, nel trattamento stabilito dalla legge nell' una e nell' altra ipotesi, implica una diversità del pari decisiva nella condizione giuridica dell' erede, e ne è la sanzione.

Dal fin quì detto emerge di necessità, che solo il possesso reale e non mica una vacua dichiarazione di accettare crea nell' erede l' obbligo di compiere lo inventario nel trimestre stabilito o prorogato. Dimodochè, se manca allo erede il possesso reale, la sanzione dell' art. 959 non ha più sostrato, e si rientra tosto nel caso previsto dell' art. 962 di un erede cioè, che non si trova nel possesso reale della eredità cui la legge accorda lo spazio di trent' anni per potere accettare; ed ecco perchè noi abbiamo detto, che lo articolo 995 non ha rapporto cogli articoli 959 e 962.

Per afforzar meglio la nostra tesi, giova ancor qui invocare

opportunamente l' efficace parola dei redattori del *Foro Italiano,* riguardo agli obblighi che incombono all' erede in ordine alla formazione dello inventario, ed agli effetti diversi che ne derivano, secondochè abbia o no il possesso reale dell' eredità.

« Poichè la diversità fra possesso reale e di fatto e semplice possesso o possesso di dritto è inevitabile nell' erede, rispondendo essa ad un concetto essenzialmente diverso, non resta che vedere quale sia la diversità di trattamento stabilito dalla legge nell' uno e nell' altro caso, in ordine all' obbligo di formare lo inventario per accettare l' eredità col beneficio di esso.

« Abbia il possesso reale dei beni ereditari, acquistato col fatto della materiale apprensione, o quello semplicemente di dritto, che gli passa *ipso jure* in virtù della chiamata alla successione, l' erede per accettare col benefizio dell' inventario è mestiere faccia egualmente la dichiarazione nei modi e colle formalità prescritte dalla legge (art. 955).

« L' art. 957 aggiunge: La dichiarazione sudetta non produce effetto se non è preceduta o susseguita dall' inventario dei beni dell' eredità nelle forme determinate dal Codice di Procedura Civile, e nei termini stabiliti in appresso.

« Ma qual' è il termine fissato dalla legge per la formazione dell' inventario? Esso varia, secondo che l' erede si trovi o no nel possesso reale dell' eredità. L' art. 959, di fatti, prescrive: L' erede che si trova nel possesso reale dell' eredità deve far l' inventario entro tre mesi dal giorno dell' aperta successione o dalla notizia della devoluta eredità. Mentre, al contrario, l' art. 962 stabilisce: Qualora si tratti di erede il quale non sia nel possesso reale dell' eredità, nè siasi in essa ingerito, ove sono proposte istanze contro di lui, i termini stabiliti per far l' inventario e per deliberare non cominciano a decorrere che dal giorno, che sarà fissato dall' autorità giudiziaria.

« Il criterio differenziale, adunque, adottato dalla legge, per far decorrere il termine relativo alla formazione dell'inventario è il possesso reale. L'erede, che si trova nel possesso reale dell'eredità, è obbligato a farlo entro il termine di tre mesi dal giorno dell'aperta successione o dalla notizia della devoluta eredità (art. 959); l'erede, che non trovasi nel possesso reale dell'eredità, nè si è ingerito in essa, conserva sempre il diritto di fare l'inventario, finchè il tempo per accettare non sia prescritto. Questo secondo principio va soggetto ad eccezione quando contro l'erede siansi proposte istanze, nel quale caso egli sarà tenuto a fare l'inventario entro il termine di 3 mesi; ma questo termine comincia a decorrere dal giorno che sarà fissato dall'autorità giudiziaria (art. 962).

« Le disposizioni della legge sono così esplicite e tassative da non lasciar luogo al menomo dubbio, nè riguardo al significato della locuzione possesso reale, che il legislatore adopera appositamente per indicare il fatto materiale della detenzione congiunta al diritto di possedere, dalla qualità stessa di erede; nè intorno alla durata del termine per fare l'inventario, che è di tre mesi quando si ha possesso reale, di trenta anni quando non si ha, salvo il caso che siansi proposte istanze; nè infine riguardo al giorno da cui comincia a decorrere siffatto termine perchè nel caso del possesso reale, come dice testualmente e tassativamente la legge, il termine di tre mesi comincia a decorrere dal giorno dell'aperta successione o della devoluta eredità (art. 959); nel caso che non si ha possesso reale, anche dal giorno dell'aperta successione, ma il termine è di trenta anni, per non essersi proposte istanze; dal giorno infine che poi sarà fissato dall'autorità giudiziaria, quando non si ha il possesso reale ma sonosi proposte istanze. La Legge non stabilisce altro giorno dal quale il termine debba cominciare a decor-

rere, nè indica altro fatto che sia tale da farlo decorrere improrogabilmente, e nel silenzio di essa non può crearsi dall' interprete, sia pure questo la Corte di Cassazione.

« La dichiarazione regolare di accettare l' eredità col beneficio dell' inventario non può nuocere all' erede che la fa, perchè essa fu introdotta appunto per assicurare la condizione del medesimo di fronte ai creditori della eredità, sottraendolo alle loro azioni personali; nè pregiudica i dritti di questi ultimi, perchè fino a che l' erede, che ha dichiarato di accettare col benefizio dello inventario, non abbia preso possesso materiale dei beni ereditarii; nè siasi ingerito in essi, le cose restano integre e i dritti dei creditori si conservano perfettamente incolumi. All' erede non può muoversi nessun rimprovero, se non mette mano tosto alla formazione dell' inventario.

« Sta ai creditori, se ne hanno l' interesse, di convenirlo in giudizio, per far assegnare dal magistrato il giorno dal quale debba decorrere il termine per redigere l' inventario; e se non lo fanno sarà peggio per loro: quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire.

« Cade così il preteso inconveniente deplorato dalla Cassazione siciliana, che, cioè « dopo avere accettata la eredità lo erede « sarebbe libero, non immischiandosene, di fare disperdere le « sostanze ereditarie, mentre la sua accettazione formale impedi- « rebbe che altri l' accettasse e ne avesse cura nell' interesse « dei creditori, i quali hanno ragione e dritto a vedere conser- « vato il pegno comune dalla diligenza di colui, che, accettando « la successione, ha perciò stesso continuato personalmente il « possesso, quale lo avea il defunto, materiale e legale, dei beni « che la compongono. »

« Di chi la colpa se le sostanze ereditarie si disperdono?

« Certo dei creditori che sono i principali e diretti interes-

sati sopra l'eredità, anzichè dell'erede, il quale verrebbe a percepire soltanto qualche vantaggio se restasse nulla dopo essersi pagati i creditori. La legge vuole soltanto che il chiamato all'eredità non siasi ingerito nella medesima; e, quando questo ha luogo, egli ha pieno il dritto di fare l'inventario sempre che voglia. Se hanno interesse, per assicurare meglio le loro ragioni, che l'inventario sia redatto sollecitamente, è in facoltà dei creditori il costringerlo: *is facit cui prodest.* »

§. 4.

Risposta alle obbiezioni avversarie

Dopo questo largo e, se mal non ci apponiamo, coscienzioso esame del sistema consacrato dal legislatore Italiano, relativamente alla natura del possesso ereditario, alle sue diverse specie, ai varii modi onde si trasmette e ai diversi effetti giuridici che ne derivano, specie in ordine al beneficio d'inventario secondo la varia natura del medesimo, potrebbe sembrare cosa superflua ed anche irriverente verso questa Ecc.ma Corte di Cassazione aggiungere altri argomenti per confutare l'avversario sistema di difesa; il quale trova la sua piena smentita in tutto il complesso delle considerazioni che abbiamo avuto finora il bene di sottoporre alla sapienza del Supremo Collegio. D'altro canto, però, sì per compiere intero il debito nostro di difesa; sì per mostrare che teniamo nel giusto conto l'autorità della Sezione Civile di questa Ecc.ma Corte di Cassazione, che col suo pronunziato del 7 gennaio 1882 suffragò in gran parte lo avversario sistema difensivo, stimiamo non del tutto inutile aggiungere altre poche parole per provare con la massima evidenza possibile, come siano perfettamente destituite di qualunque consistenza ed efficacia giuridica le argomentazioni contrarie.

Tutto il nodo del contrario sistema di difesa si riduce alle seguenti proposizioni che rileviamo testualmente nella loro assoluta integrità da pagina 7 del ricorso:

« 1. L'eredità si acquista di diritto quando si accetta o si presume per legge accettata. Prima dell'accettazione, il chiamato per legge o per testamento è curatore di diritto dell'eredità, alla quale è trasmesso, « ope legis, l'universum jus. »

« 2. L'investitura legale di cui parlano gli articoli 663, 925 e 926 è data soltanto allo erede o successore, cioè all'accettante, non al semplice chiamato che deve ancora deliberare sull'accettazione o la rinunzia.

« 3. L'erede o successore è investito di diritto, cioè « ope legis, » del possesso reale di tutta l'eredità. Egli è ipso jure proprietario e possessore reale, salvo che un altro pretendente lo avesse spogliato di fatto. L'erede continua il possesso tale quale lo aveva il defunto.

« 4. Gli articoli 959 e 962 sono scritti pel successore o erede (accettante). Gli art. 952 e 964 confermano questo concetto. Gli art. 959 962 potrebbero applicarsi anche agli eredi, qualora, prima della loro accettazione, altro pretendente all'eredità ne avesse preso possesso. »

Maggior numero di errori e di sofismi non potevano cumularsi in così breve spazio per guisa che richiederebbesi un intiero volume se dovessero rilevarsi e confutarsi tutti vittoriosamente. Noi ci limitiamo soltanto a contrapporvi le seguenti brevi e decisive osservazioni, sulle quali richiamiamo la sapiente attenzione del Supremo Collegio.

1) Basta guardare semplicemente alla giacitura dell'articolo 925, il quale trovasi collocato nella sezione 1. (Capo 3. Tit. 2. Lib. III) DELL'APERTURA DELLA SUCCESSIONE E DELLA CONTINUAZIONE DEL POSSESSO NELL'EREDE, perchè balzi subito agli occhi

come il legislatore in esso con la denominazione erede voglia indicare il semplice chiamato alla successione prima ed indipendentemente dall' accettazione, sia essa pura e semplice sia col beneficio dello inventario. Il legislatore difatti si occupa dell' accettazione nel § 1° della sezione immediatamente successiva appunto intitolata: *Dell' accettazione.*

Il possesso dei beni del defunto adunque che passa di diritto per virtù dell' art. 925 nella persona dello erede rappresenta indubitatamente un possesso legale o fittizio che si trasmette dal defunto nell'erede, *ministerio legis,* al momento preciso dell'aperta successione, vale a dire al momento stesso della morte (articolo 923) prima e senza che il chiamato alla successione lo sappia appunto perchè trattasi di una semplice *fictio juris* introdotta dal legislatore nello scopo di evitare che restino un istante senza padrone i beni lasciati dal defunto.

Riesce perciò assolutamente vano il sofisticare degli avversarii quando pretendono che, per acquistare il possesso, cui accenna l' art. 925 in conformità dell' art. 693 occorre l' accettazione. Questo possesso — giova ripeterlo — si acquista giuridicamente *ipso jure* per semplice finzione di legge colla morte del « de cujus: » dopo l' accettazione invece si acquistano realmente, per volontà espressa o presunta del chiamato, proprietà e possesso.

Caduto questo che è il labile fondamento del piano di difesa con tanta sottigliezza escogitato dai ricorrenti, cadono di necessità tutte le strane conseguenze, che, con non invidiabile ardimento, traggono dall' assurda premessa. Riesce quindi evidente che il legislatore quando nell'art. 959 parla di *possesso reale dell' erede,* per gli effetti di riputarlo erede puro e semplice laddove non faccia o cominci l' inventario entro il termine di tre mesi dall' aperta successione, parla unicamente senza dubbio veruno, di colui che prima e senza di avere accettato ha la *detenzione materiale*

dei beni onde si compone la eredità; e non invece di colui che, in base alla chiamata, riceve *ipso jure* per finzione di legge l'investitura giuridica del possesso di diritto, relativamente ai beni che costituiscono l'*universum jus defuncti*. Se così non fosse, tutti acquisterebbero *ipso jure* col fatto dell'aperta successione ed allo stesso modo il possesso dell'eredità. Diguisachè sarebbe assurda la disposizione del legislatore che distingue tra eredi che trovansi nel *possesso reale* della eredità ed eredi che non vi si trovano, per gli effetti di considerare eredi puri e semplici gli uni se non fanno o cominciano l'inventario entro tre mesi dall'aperta successione; e di dare agli altri piena facoltà di redigere l'inventario, semprechè vogliano, a loro piacimento, *finchè non sia prescritto il tempo per accettare* secondo la energica disposizione dell'art. 962 capoverso.

2) Non sappiamo comprendere donde abbiano attinto i ricorrenti la speciosa teoria che il chiamato per legge o per testamento a raccogliere una successione debba ritenersi prima dell'accettazione *semplice curatore dell'eredità;* mentre, per formale disposizione dell'art. 925 cod. civ., viene dalla legge dichiarato EREDE in termini solenni ed è investito *ipso jure* del possesso legale della eredità. Ciò non solo prima ed indipendentemente da qualsiasi atto di accettazione per parte del chiamato ma benanche all'insaputa dello stesso.

Curioso davvero! Gli avversari si fanno forti della disposizione dell'art. 964 Cod. civ., rimproverando alla Corte di rinvio, con olimpica sicumera, di non averne capito per nulla i termini e la portata; e si fanno forti eziandio della disposizione di siffatto articolo come quello ehe possegga il segreto miracoloso di dar loro in pugno la vittoria. Potremo esser ciechi; ma siamo pienamente convinti, che questo calunniato articolo, su cui fanno capitale assegnamento gli avversari, nulla dice contro di noi, molto contro di loro.

L'articolo 964, adunque, dichiara, che: « durante i termini « concessi per fare l'inventario o per deliberare; colui, che è « chiamato alla successione, *non è tenuto ad assumere la qualità « di erede.* »

Che cosa importa ciò? Importa precisamente questo; che cioè il chiamato alla successione è di già *erede ministerio legis,* e trovasi benanche investito per effetto della legge stessa del *possesso di diritto* dei beni ereditarii, giusta la formale disposizione dell'art. 925 sin dal momento dell'aperta successione. Questa qualità giuridica di erede viene conferita al chiamato direttamente ed immediatamente dalla legge; ma non gli è imposta, appunto perchè, secondo la massima invalsa nel diritto moderno, *non è erede chi non lo vuole.*

Il chiamato quindi alla successione testata od intestata, che per effetto solo della legge trovasi rivestito dal momento dell'aperta successione a sua insaputa ed anche suo malgrado della qualità di erede, come trovasi rivestito benanche del possesso di diritto sui beni ereditari, può, in omaggio alla massima dianzi citata, conservare siffatta qualità, ma può benanche rinunziarla. Questo dipende da un atto della sua volontà, ed è decisivo nello scopo di fare acquistare o di far perdere definitivamente la qualità di erede che già si acquista provvisoriamente, *ministerio legis,* fin dal momento dell'aperta successione.

Or il chiamato può esser ancora incerto se gli convenga o no di accettare la successione devolutagli per legge o per testamento; ed, anche quando sia deciso di accettarla, può essere tuttora incerto se gli convenga di accettarla puramente e semplicemente ovvero col beneficio dell'inventario. È appunto a questo scopo che il legislatore gli riconosce il diritto di deliberare, *jus deliberandi,* che può esercitarsi entro il termine di 30 anni (art. 943 e 962 capov.) o di 40 giorni, secondo i casi; e che benanche in

questa ultima ipotesi può cominciare a decorrere da una data diversa, secondo che si tratti di un *chiamato* avente il *possesso reale dell' eredità* (art. 959 e 960 cod. civ.) ovvero che non lo abbia, ma contro di cui siansi proposte istanze dai creditori ed altri aventi diritto. (art. 692).

La qualità di erede e di possessore di diritto al tempo istesso, che gli conferisce direttamente la legge, è una semplice finzione nello scopo appunto di non lasciare senza titolare i beni ereditarii, giacchè nel dritto moderno non esiste più l'istituto dell'*heriditas jacens quae personae vicem sustinet;* ma esiste invece la finzione opposta *le mort saisit le vif.* Per effetto di siffatta finzione adunque il chiamato si reputa erede e possessore di diritto dei beni della successione, salvo in lui la facoltà di acquistare o di perdere definitivamente siffatta qualità.

A questi principii e non altri è informato l'articolo 964 quando dichiara che: « Durante i termini concessi per fare l'inventario e per deliberare, colui, che è chiamato alla successione, *non è tenuto ad assumere la qualità di erede.* »

Sì, la qualità di erede il chiamato la possiede insieme col possesso di diritto, *ministerio legis,* fin dal momento dell'aperta successione. Quando la legge, mediante l'art. 964, lo esime dall'obbligo di assumere direttamente la qualità di erede che già possiede, ha voluto liberare il chiamato dal pericolo di vedere interpretato il fatto solo dell'assunzione del titolo di erede come un atto di accettazione dell'eredità; la qual cosa sarebbe stata in contraddizione colla facoltà che al medesimo riconosce la legge di rinunziare alla successione.

Il chiamato in altri termini è erede per legge fin dal momento dell'aperta successione e conserva tale qualità finchè non vi abbia rinunziato: non ha però l'obbligo di assumerla perchè non sia interpretato tal fatto come un atto di accettazione di

eredità; mentre, durante il termine per deliberare e fare l'inventario, è tuttora dubbio s'egli accetti o no la successione. Gli è a questo solo effetto che la legge nel capoverso dell'art. 964 lo considera come curatore di dritto dell'eredità: cioè per rappresentarla in giudizio e rispondere alle istanze proposte, senza pregiudicare per nulla il dritto indiscutibile ch'egli ha d'accettarla col benefizio dell'inventario ed anche di rinunziarla.

Laddove pur ci voglia un argomento irrefragabilmente decisivo per dimostrare che il chiamato all'eredità sia considerato erede per finzione di legge, indipendentemente da qualunque siasi manifestazione di volontà da parte di esso, si reputi curatore della successione agli effetti soltanto, di non pregiudicare il dritto che ha d'accettarla sul benefizio dell'inventario ed anche di rinunziarvi; esso si ricava invincibilmente dalle seguenti disposizioni di legge.

L'art. 944 del Codice civile solennemente dichiara: *La rinunzia d'un' eredità non si presume.*

Segno indubitato questo che la legge, fino a che non intervenga un formale atto di rinunzia, presume già erede il chiamato alla successione giusta i termini dell'art. 925.

Ma v'ha dippiù ancora. Il successivo articolo 945 soggiunge: *Chi rinunzia all'eredità è considerato come se non vi fosse mai stato chiamato.*

Segno ancor più indubitato questo che il chiamato alla successione si reputi già erede, non semplice curatore dell'eredità; perchè altrimenti non avrebbe il legislatore sentito il bisogno di dichiarare che il rinunziante all'eredità si considera come se non vi fosse mai stato chiamato. Se questo bisogno il legislatore l'ha sentito, ciò vuol dire che prima della rinunzia il chiamato era già erede, avente come tale il *nomen juris* e la rappresentanza del defunto; cosa che non sarebbe avvenuta se fosse stato

un semplice curatore dell'eredità la quale costituisce di per se stessa un soggetto di dritto come l'*ereditas jacens* dei Romani, avente come tale di per sè stessa la rappresentanza del defunto.

Soccorre finalmente la disposizione dell'art. 933 dove sta detto: l'*effetto dell'accettazione risale al giorno in cui s'è aperta la successione.* Facendo il legislatore retroagire l'effetto dell'accettazione al momento dell'aperta successione, riconosce implicitamente che sin da tale momento il chiamato come è ritenuto erede per virtù d'una semplice finzione e presunzione della legge, lo divenga ugualmente mediante la dichiarazione espressa o tacita della sua volontà.

3) Veramente strana ed inconcepibile, oltre che destituita di qualsiasi pratica utilità ed efficacia giuridica, riesce l'aria di trionfo che assumono gli avversari quando credono di aver côlto in fallo la Corte di rinvio circa l'interpetrazione dell'art. 964 appunto perchè si esprime nei termini seguenti:

« Anche dopo la detta dichiarazione può ben egli non ingerirsi nell'eredità; può anche non rispondere alle istanze proposte contro la stessa, senza che possa da ciò temersi pregiudizio dei creditori o altri interessati, aventi essi diritto in questo caso di far nominare un curatore alla eredità. »

Dopo di che, i ricorrenti esclamano:

« Ma se la Corte avesse meglio letto l'art. 964, sul quale dice di aver molto meditato, si sarebbe accorta che esso parla del chiamato alla successione, che deve ancora fare l'inventario e deliberare, e perciò appunto non è tenuto, durante i termini, ad *assumere le qualità* di erede. Dunque non parla dell'*accettante;* il quale, perchè accettante, è erede, ed essendo erede non è un semplice *curatore di diritto.* »

Le meraviglie dei ricorrenti non hanno, in verità, ragione alcuna di essere; poichè la teoria professata dalla Corte di rinvio,

lungi dal mostrarsi arbitraria, trova in suo sostegno l'autorità degli scrittori. Basti per tutti quella incontestata del Laurent, che si esprime nei seguenti termini.

« Que faut-il decider si le successible fait la declaration au greffe, et qu'il neglige de faire inventaire? L'article 794 porte que la declaration *n'a d'effet qu'autant* qu'elle est precedée ou suivie d'un inventaire fidéle et esact des biens de la succession. Quel est le sens de ces mots: *n'a d'effet?* Il est chartain, que le successible ne jouirà pas du bénéfice d'inventaire; le texte et l'esprit de la loi ne laissent aucun dout sur ce poin. Mais quelle va être sa position? On enseigne que le successible, ayant déclaré qu'il acceptait, ne pourra plus répudier; il serait donc héritier pur et simple.

« Cette opinion est certainement *contraire* à l'intention du successible. Il n'a pas déclaré qu'il acceptait, il a dit qu'il acceptait sous bénéfice d'inventaire; or celui qui déclare au greffe qu'il entend être héritier *bénéficiaire,* dit par cela même, qu'il entend ne pas être *héritier pur et simple.* Et l'acceptation d'une succession n'est elle pas une quéstion *d'intention?* Comment donc peut-on déclarer héritier pur et simple celui qui a déclaré qu'il ne voulait pas l'être? On demande quelle sera sa position. Elle est très-simple.

« *Ce successible n'est pas héritier bénéficiaire, puisqu'il n'a pas fait inventaire;* mais il lui suffira de faire inventaire pour jouir du bénéfice. En attendant, il reste *habile* à succeder, pouvant encore renoncer *tant qu'il n'aura fait acte d'héritier.* » (Laurent, Vol. IX, N. 386).

Un successibile, che dichiara nei modi stabiliti dall'art. 955 del Cod. civile di accettare l'eredità devolutagli col beneficio dell'inventario, dichiara implicitamente di voler godere dei vantaggi che il legislatore fa scaturire da questa forma di accetta-

zione (art. 968) e, fra questi, principalmente quello di potersi liberare dai creditori e dai legatari col cedere ai medesimi tutti i beni dell'eredità.

Consentiamo, senza nessuna difficoltà, coi ricorrenti che chi dichiara di accettare col beneficio dell'inventario non può, in seguito a tale dichiarazione, essere autorizzato ad assumere la semplice qualifica di *curatore di diritto dell'eredità*. Quello però, su cui non possiamo assolutamente consentire coi ricorrenti si è che la Corte di rinvio abbia menomamente dichiarato ciò che i medesimi aspramente le rimproverano, per aver poscia la facile soddisfazione di confutarla. La Corte di rinvio, invece, ha detto solennemente, che chi dichiara di volere accettare col beneficio dell'inventario sarà considerato erede sí, ma non già puro e semplice, come ingenuamente pretendono gli avversari; ma bensì erede col beneficio dell'inventario. E ciò sì perchè questa e non altra è stata la volontà del chiamato a succedere nell'atto dell'accettazione, atto che non può scindersi; sì perchè ancora il fatto della dichiarazione di accettare col beneficio dell'inventario non costituisce di per sè atto d'ingerenza nell'eredità, nè conferisce di per sè al dichiarante il possesso reale della medesima, per il quale, invece, occorre l'apprensione materiale dei beni ereditarii: *Adipiscimur possessionem CORPORE et animo, neque per se corpore, neque per se animo.*

Perchè possa il Supremo Collegio pienamente convincersi a colpo d'occhio come sia del tutto infondata la facile accusa che a cuor leggiero lanciano i ricorrenti contro la Corte di rinvio, sentiamo il debito preciso di quí trascrivere gran parte del rigoroso e dottissimo ragionamento adoperato dal magistrato di merito; il quale, mentre costituisce una splendida pagina di sapienza giuridica, serve nel tempo istesso a confutare vittoriosamente ed

irremissibilmente tutte le sofistiche quanto arbitrarie argomentazioni ed accuse degli avversari.

Oda il Supremo Collegio i termini con cui si esprimeva in proposito la Corte di rinvio.

« Nè varrà dire che l'accettazione col beneficio d'inventario porti al possesso reale e alla ingerenza nella eredità di cui parlano gli articoli 959 e 963, poichè la predetta dichiarazione non può dar luogo nè all'una, nè all'altra delle predette due circostanze. Non al possesso reale, perchè la sola dichiarazione di accettare col beneficio d'inventario non lascia di essere una semplice manifestazione di volontà che non può costituire atto di materiale possesso. Nè all'ingerenza prevista dallo articolo 962; perchè, con la detta dichiarazione, se manifesta la volontà di fruire di un beneficio di legge, non viene però a spiegarsi contro di alcuno la qualità ereditaria, nè lo erede per detta sola dichiarazione fa atto di erede puro e semplice.

« Anche dopo la detta dichiarazione può ben egli non ingerirsi nella eredità; può anche non rispondere alle istanze proposte contro la stessa, senza che possa da ciò temersi pregiudizio dei creditori o altri interessati, avendo essi diritto in questo caso di far nominare un curatore alla eredità.

« E questa è testuale disposizione dell' art. 964. E da questa disposizione si raccoglie ancora che la dichiarazione di accettare la eredità col beneficio di inventario, non può considerarsi costitutiva di possesso reale, nè d'ingerenza nella eredità.

« Non potrebbe, nè può dirsi che alla esecuzione della predetta dichiarazione ha inteso alludere il legislatore usando le parole di possesso reale, e ciò perchè prima di essa lo erede ha in potenza il diritto sulla eredità, non ha però in atto tale diritto; in altri termini tale diritto si rende espe-

ribile colla predetta dichiarazione, poichè questa argomentazione non è rispondente al sistema della legge.

« E difatti anche prima della dichiarazione in parola ha l'erede la facoltà di eseguire atti di erede. L'eredità si accetta espressamente e tacitamente, articolo 934.

« Non istà adunque che prima della detta dichiarazione il diritto dell'erede sulla eredità sia in sola potenza, e si realizza o ha bisogno di realizzarsi per la detta dichiarazione, e quindi il possesso dello erede su questa da potenziale diviene reale; perchè anche indipendentemente da tale dichiarazione, volendo, può egli eseguire atti di erede, può cioè adire col fatto la eredità.

« Ma che la dichiarazione di accettare col beneficio d'inventario non dà luogo al possesso reale e alla ingerenza di cui parlano gli articoli 959 e 974, sorge chiaro da questo: che il legislatore ammise la possibilità della dichiarazione in discorso senza che il dichiarante fosse nel possesso reale, senza che per essa dovesse considerarsi di prendere egli già ingerenza nella eredità, perchè altrimenti avrebbe compilato diversamente i precitati articoli. Avrebbe senza meno detto che il termine di tre mesi sarebbe corso dalla fatta dichiarazione.

« Gli art. 959 e 962 fanno seguito agli articoli 955 e 957; e, meditando su di essi, si osserva bene, che, malgrado la fatta dichiarazione, parla la legge di possibilità nell'erede di non essere nel possesso reale dell'eredità.

« Dunque non è vero che la sola dichiarazione di accettare col beneficio d'inventario costituisca l'erede nel possesso reale dell'eredità.

« Aggiungasi ancora, che l'articolo 957 considera senza effetto la dichiarazione di cui all'art. 955 se è preceduta o seguita dall'inventario nei termini stabiliti in appresso. Ebbene: quali sono questi termini? Indubitatamente quelli indicati negli

art. 959 e 962. Ma l'art. 959 parla del termine di tre mesi per fare l'inventario perchè è nel possesso reale dell'eredità. Dunque è di suprema evidenza che nel sistema del codice la sola dichiarazione di accettare col beneficio d'inventario non dà luogo a possesso dell'eredità, nè all'obbligo di fare l'inventario nei tre mesi dall'apertura della successione, non essendo imposto termine a chi non si trovi nel possesso reale di essa.

« E se non fosse così ben gravi sarebbero le conseguenze giuridiche.

« Non è inibito ad un erede di accettare l'eredità col beneficio d'inventario nei tre mesi dacchè è aperta la successione. Ma se la sola dichiarazione di cui all'art. 955 desse luogo a possesso reale dell'eredità, si troverebbe egli costretto a non potere fruire dal beneficio d'inventario determinandosi ad accettarla corsi già i tre mesi dall'apertura della successione.

« Nè ad ovviare questo inconveniente potrebbe osservarsi che i tre mesi dovrebbero in questa ipotesi correre dalla fatta dichiarazione, perchè ciò non è autorizzato dalla legge, la quale parla sempre di termini di tre mesi a correre dal giorno dell'apertura della successione per chi trovasi nel possesso reale dell'eredità. D'onde la conseguenza che, per sostenere un'infondata opinione si dovrebbe ammettere il cominciamento di un termine che non è nella legge, anzi in opposizione al testo dell'articolo 959.

« Anche azzardata pretesa sarebbe quella di ammettere che negli articoli 959 e 962 ha parlato il legislatore di possesso reale dell'eredità del *nomen juris* della eredità che può aversi colla dichiarazione di accettare col beneficio d'inventario, e non già di possesso reale di beni ereditarii, perchè questa pretesa, a parte di ogni altra considerazione, trova replica vittoriosa nella disposizione dell'art. 952 del Codice nella quale il legislatore parla

appunto di possesso reale dei beni ereditari, non già nel *nomen juris* dell' eredità. E la disposizione del sopra indicato art. 952 serve ad eliminare ogni dubbiezza, sul significato proprio delle parole *possesso reale* usate nello art. 959, perché, parlandosi in esse di possesso reale di beni, non potrebbero avere altro significato che detenzione materiale dei medesimi. Dunque non è vero, che con le parole possesso reale, negli articoli 959 e 962, abbia inteso parlare il legislatore del possesso che da parte dello erede possa effettuirsi dopo fatta la dichiarazione di accettare l'eredità; ma ha usato tali espressioni per manifestare che per correre il termire dei tre mesi per fare l' inventario abbisognava nello erede il possesso reale, ossia materiale dei beni ereditari. Ponendo adunque in relazione l' art. 952 cogli art. 959 e 962 è a riconoscere che nel codice nostro non è colla dichiarazione di accettare l' eredità col beneficio di inventario che si consegue il possesso reale dell' eredità, ma si ottiene questo coll' effettiva detenzione, col materiale possesso dei beni ereditari; possesso dei beni che, come porta da sè solo, a termini del detto art. 952, senza bisogno di alcuna dichiarazione, all' accettazione dell' eredità, così vale, per l' uso medesimo fatto dal legislatore delle stesse parole del possesso reale negli articoli 959 e 962, a far correre il termine dei tre mesi per compilare l' inventario, solo per colui che si trovi nel possesso reale dei beni ereditarii. Non può ammettersi, che il legislatore avesse usato le parole possesso reale in un senso nell' art. 952 e in un altro negli art. 959 e 962, e significare in uno con esso la detenzione dei beni ereditari, e negli altri non già la medesima detenzione, ma il *nomen juris* della eredità.

« Non deve far poi impressione, che una eredità possa talvolta risultare di soli diritti ed azioni non suscettivi di materiale apprensione, poichè tale riscontro non metterebbe nulla in essere nella questione in esame. Tutt' al più, verificandosi questa ipotesi,

ne verrebbe la conseguenza di non potersi discorrere di termine a fare l'inventario per chi ha fatto la preindicata dichiarazione.

« E che perciò? I creditori dell'eredità, gl'interessati in essa, com'è stato sopra osservato, troverebbero sempre potente aiuto nella legge per garentire i di loro diritti, essendo facoltati essi a promuovere le loro istanze contro l'eredità e fare assegnare, occorrendo, dal magistrato il termine a compilare lo inventario, e fare nominare il curatore ad essa, se l'erede dichiarante non volesse comparire in giudizio.

« E lo esperimento di tali azioni garentirebbe nel contempo da ogni disperdimento o abbandono che il dichiarante potrebbe fare dei beni ereditari; e ciò a parte che facendo questi disperdere le sostanze ereditarie si esporrebbe anche ad essere dichiarato erede puro e semplice.

« Occorre anche avvertire di non confondere in questo esame dritto reale con possesso reale.

« Forse per questa confusione non sono state talvolta bene intese ed interpretate le parole di possesso reale impiegate dal legislatore nei precitati articoli 959 e 962. Ma, meditando meglio su di esse, si vedrà la notabile differenza, sapendosi bene, che il dritto reale è diritto e non altro che diritto sulla cosa, e il possesso reale ben può ad altro riferirsi, che alla materiale detenzione della cosa. Sicchè l'uno non ha che fare con l'altro, valendo a manifestare essi significati diversi e distinti. »

§. 5.

I responsi della dottrina e della giurisprudenza

Le disposizioni della legge sono troppo esplicite, sia che si abbia riguardo al loro significato letterale, sia che si abbia riguardo alla intenzione manifesta del legislatore, la quale si rivela

dal complesso di tutte le disposizioni, sia infine che si tenga conto degli antecedenti legislativi, perchè non occorra cercare altri argomenti fuori quelli che derivano dalla legge stessa.

Ci piace tuttavia di costatare, come sia meravigliosamente unanime sul riguardo l'insegnamento della dottrina e della giurisprudenza, per guisa da doversi considerare pacifica per universale consenso, la massima di diritto che abbiamo qui avuto l'onore di sostenere.

A) *La dottrina.*

La massima professata dalla Sezione Civile di questo Supremo Collegio col suo pronunziato del 7 gennaro 1882 — secondo cui con la espressione *possesso reale* adoperata dal legislatore negli art. 952, 959 e 962, deve intendersi, non già la *materiale detenzione* dei beni, ma la *giuridica potenza di apprenderne il possesso* da parte dell'erede, e che perciò basti la semplice *accettazione* dell'eredità perchè il medesimo, comunque non ne abbia la materiale detenzione debba ritenersi nel *possesso reale* dell'*eredità,* in guisachè contro di lui corre il termine di tre mesi, ai sensi dell'art. 959 Cod. Civ. per fare inventario sotto pena di *decadenza dalla qualità beneficiata* — non passò inosservata.

Essa invece diede luogo ad una discussione seria e pacata, che si svolse ampiamente nelle colonne di due tra' più reputati giornali di *giurisprudenza* che veggono la luce in Italia, cioè il *Filangieri,* e il *Foro Italiano.*

Noi per amor di brevità, ed anche per ossequio alla Sezione Civile del Supremo Collegio, non crediamo trascrivere le lunghe note critiche che si leggono nei due summenzionati periodici; le quali tutte sono di accordo nel non ammettere la massima professata dalla Sezione Civile del Supremo Collegio. Ci basti soltanto l'averle richiamato, perchè l'Ecc.ma Corte di Cassazione, laddove lo creda, possa tenerle presenti.

(V. *Filangieri,* dispensa di marzo 1882; *Foro Italiano* an. 1882, parte I, col. 193 e segg.).

Mentre viceversa era stato accolto con plauso il pronunziato emesso nel 31 gennaio 1880 dalla prima Sezione della Corte di appello di Catania, che poscia incorse nella censura della Sezione Civile di questo Supremo Collegio. Basta leggere in proposito la dotta nota illustrativa inserita nel giornale *La Giurisprudenza italiana* del Bettini (an. 1880, volume XXXII, p. I, sez. 2, col. 558 a 592).

Crediamo tuttavia non del tutto inutile qui trascrivere la brevissima e molto significativa *Nota critica* che nel medesimo periodico *La Giurisprudenza* (an. 1883 vol. XXXV, parte II, col. 155 e 156) si legge ad illustrazione della massima di diritto riconsacrata dalla Seconda Sezione della Corte di appello di Catania in grado di rinvio.

« Con questa sentenza la Corte di appello di Catania contradice in sede di rinvio alla contraria massima di diritto stabilita dalla Cassazione di Palermo con decisione 7 gennaro 1882, (Raccolta XXXVI 1, 1 181) ma *l'opinione della Corte di merito ci sembra* PREFERIBILE A QUELLA DELLA CORTE SUPREMA *essendo che questa non si rende abbastanza conto della differenza che passa tra il* POSSESSO MATERIALE, *che presuppone un fatto qualsiasi da parte dell'erede, ed il* POSSESSO DI DIRITTO CHE, SENZA ALCUN FATTO DELL'UOMO, *passa dal defunto nell'erede;* ma che NON COSTITUISCE UNA REALTÀ, sibbene una FINZIONE DELLA LEGGE. Il lettore mediti attentamemte le due decisioni e troverà che gli argomenti, su cui basa il giudizio del magistrato di merito, SONO MOLTO PIÙ STRINGENTI DI QUELLI, *sui quali è fondata la decisione della Suprema Corte.* »

Indipendentemente poi da quanto si è scritto nei succitati giornali di giurisprudenza a proposito delle contradditorie mas-

sime di diritto adottate dalla Corte d'appello di Catania la prima e la seconda volta e la Sezione Civile di questo Supremo Collegio, sempre però in favore della dottrina professata dal magistrato di merito; permetta il Supremo Collegio di qui trascrivere le autorità concordi degli scrittori, che hanno trattato siffatto argomento interpretando le disposizioni del patrio legislatore.

E prima di tutti il Pacifici-Mazzoni scrive:

« I tre mesi per la formazione dell'inventario incominciano a decorrere dal giorno dall'aperta successione o dalla notizia della devoluta eredità, se l'erede si trovi nel possesso reale dell'eredità, (art. 959).

« È a dirsi appena che il *possesso reale* è quì la *detenzione materiale* delle cose ereditarie, e sta in contrapposto al possesso *di dritto,* che dalla persona del defunto continua in quella dell'erede » (PACIFICI-MAZZONI, *Trattato della successione,* Vol. 5, n. 3. p. 5-6).

E in altro luogo:

« Il *possesso* dev'esser REALE, nel senso in cui questa parola è adoperata negli articoli 952, 959 e 962. In fatti il *possesso reale* e *non* il *possesso* di *diritto* è quello definito dall'art. 685 esigendo come elemento materiale del medesimo la *detenzione* di una cosa e l'*esercizio* di un *dritto.* » (Vol. cit. N. 144, pagina 256).

Il Borsari:

« L'articolo 959 si collega strettamente all'articolo 952 e ne spiega quella parte ch'è genericamente enunciata.

« La base della disposizione, in ciò che ne riguarda la sostanza, è il *possesso reale* onde si distingue da quello giudicato *astratto,* che la legge attribuisce a tutti gli eredi in generale, ed agli effetti che ben conosciamo.

« Il *possesso reale,* silenzioso e muto per 3 mesi, conduce

all' *accettazione pura e semplice;* chi ama evitare questa conseguenza e godere del benefizio, non deve tacere, *ma conformarsi alle disposizioni circa il beneficio dell' inventario* » BORSARI, *Cod. civile it.* art. 956 § 2009.

Ed il Ricci:

« Per valersi del beneficio dell'inventario e conseguentemente per dichiarare se l'eredità si accetti o si rinunci, la legge accorda al *successibile* un termine conveniente per deliberare, il quale termine varia secondo la condizione in cui si trova il *successibile* di fronte ai beni dell' eredità. Se esso si trovi nel *materiale e di fatto,* il quale non deve confondersi col *possesso di dritto* (accordato all' erede) del patrimonio ereditario, deve fare l'inventario dentro tre mesi dal giorno dell' aperta successione o dalla notizia della devoluta eredità (art. 959); non compiendosi l'inventario nel detto termine o in quello pel quale abbia ottenuta la proroga, s' intende che l' eredità siasi accettata puramente e semplicemente (articolo 990) » *Dirit. Civile.* Vol. IV, tit. I, cap. III, numero 62.

Lasciamo, infine, la parola ad una illustrazione vivente della magistratura italiana, il Consigliere Tartufari, la cui competenza in materia di *possesso* è assoluta:

« *Possesso reale* e di *fatto* del diritto ereditario si è l'esercizio *reale* e di *fatto* del *diritto stesso. Possesso finto* e di *diritto,* in che consiste appunto la *saisine possessionis,* non può esser pertanto che la *facultà* di esercitare, ove si voglia, il diritto ereditario coi necessari opportuni.

« Comunque acquistato il possesso rappresenta sempre il medesimo potere e risulta sempre dal testo dell' art. 724 (cod. francese); imperocchè o per gli eredi legittimi o per i successori irregolari trattasi egualmente del *possesso* dello stesso *diritto* ereditario. L' effetto, dunque, più immediato e palese del *possesso*

di dritto, onde trattiamo, si è la *facoltà* di *pigliare* di *proprio* moto il *possesso reale,* od esercitare le analoghe azioni possessorie. Ed essendo il patrimonio ereditario una *universalità* che abbraccia l'attivo ed il passivo, ne derivano ancora prontamente tutti gli altri effetti che sotto un diverso aspetto abbiamo già dovuto toccare nell'articolo precedente. » (TARTUFARI, *Dell'acquisizione del possesso per disposizione di legge,* appendice al vol. IX del LAURENT, trad. ital. della casa Edit. Vallardi, N. 81).

Poco appresso egli soggiunge: « È chiaro pertanto, il *possesso,* che trapassa o continua nell'erede, qual successore universale, e per il suo sostanziale concetto e per espressa dichiarazione di legge, essere un *possesso di diritto* e non di *fatto;* quindi un possesso *finto, immaginario, presupposto* dalla legge per dargli tutti gli effetti di un possesso effettivo e reale. Ed è in conseguenza di siffatto *possesso di diritto,* che se altri pretenda avere ragione sopra i beni dell'eredità e ne prenda possesso, gli eredi si hanno per ispogliati di fatto, e possono esercitare le azioni tutte, che competono ai possessori legittimi. » (numero 115).

E più avanti ancora: « Se non che, parte per non essere dicevole, che la condizione di un'eredità abbia a durare lungamente in sospeso, parte perchè il colore della vigilanza e dell'amministrazione temporanea non serva a coprire un effettivo godimento della sostanza ereditaria, il legislatore è venuto nel savio divisamento di argomentare, per *presunzione di diritto,* che la *insistenza materiale* sopra *i beni ereditari,* il *possesso reale* per un certo tempo protratto, importasse necessariamente accettazione, quando quel *possesso* non si fosse manifestamente esercitato in nome altrui, o non si fossero adottato certe cautele, intese a guarentire lo interesse dell'eredità e degli eredi. Ed è ben ragione; sendo che come il possesso *di diritto* autorizza a

pigliare il possesso *reale* e di *fatto,* così è logico, che questo, risalendosi dall'effetto alla causa, faccia argomentare la preesistenza di quello, perchè dal *possesso reale* argomentandosi, per presunzione di legge, l'accettazione, questa si rietrotrae al momento dell'aperta successione, e da quel momento fa il *successibile* divenire erede e gli acquista la eredità. E siccome il possesso dei beni ereditarii passa di diritto nell'erede, senza uopo di materiale apprensione, così è naturalissimo, che in senso di legge s'immagini il *possesso di dritto* aver preceduto quello di fatto, e la facoltà di apprenderlo materialmente essere stata già un contenuto del possesso di diritto e l'apprensione fisica aver avuto luogo come esercizio di un proprio diritto.

« Gli è perciò, che il Codice Civile ai *successibili,* che si trovano nel *possesso reale* dei beni ereditarii, fa perdere nei tre mesi dall'apertura della successione o dalla notizia dell'eredità devoluta, il *dritto di rinunziarvi*, se non si sono conformati alle disposizioni circa il benefizio dell'inventario. Nè basterebbe, per evitare la conseguenza di essere dichiarati eredi puri e semplici, l'opporre che possedevano i beni ereditarii ad altro titolo (art. 952). S'ha in ciò un rigore, che supera le esigenze della logica; ma reso per avventura necessario dalla convenienza di ovviare alle facili frodi. Se non che al successibile, benchè si trovi nel *possesso reale,* è dato di chiedere *una proroga* per *completare* l'inventario *al di là dei tre mesi* (art. 959); ma ove il termine prorogato anch'esso sia decorso senza effetto, ossia senza che siasi dato all'inventario compimento, la facoltà di rinunziare è pure perduta; perocchè s'intende per presunzione di legge, che il successibile abbia accettato puramente e semplicemente l'eredità (art. 960). A disposizione del successibile è messo poi un altro mezzo, per evitare una inconsulta accettazione; ed è il diritto a deliberare nel termine di 40 giorni successivi al compimento dell'in-

ventario, affinchè possa meglio conoscere la entità del patrimonio e i pesi onde sia gravato. Ma se il successibile, essendo nel *possesso reale,* lascia decorrere anche il termine dei 40 giorni senza fare alcuna dichiarazione, si ritiene che abbia accettato e quindi sia divenuto erede puro e semplice (art. 961).

« Non è così, quando il successibile non si trovi nel possesso reale della eredità, nè siasi in essa ingerito, con ciò sia che qualunque decorrenza di tempo, eccetto quello che compie la prescrizione, non basta per farlo decadere dal beneficio dell'inventario, dal termine a deliberare e dal diritto ad accettare (art. 562). Possono sì i creditori ereditari e gli aventi interesse fare istanza, perchè il successibile sia costretto a dichiararsi; ma allora i termini tutti decorrono dal dì prefisso con decreto o sentenza dell'autorità giudiziale (detto art. 962). E, se i termini stabiliti decorrono inutilmente, le conseguenze che se ne deducono sono diametralmente opposte a quelle che si avrebbero in caso di possesso reale; essendo che s'intende invece, che il successibile abbia repudiato l'eredità. (art. 951).

« Per tanto il Cod. civ. ha stabilito, in termini chiarissimi, la distinzione di possesso di diritto e possesso effettivo, reale, di fatto. Il contenuto del primo è la facoltà di apprendere di proprio moto il possesso reale dei beni ereditari, indipendentemente da ogni autorizzazione, e di esercitare tutte le azioni possessorie che competere avrebbero potuto al defunto, senza bisogno di apprendere il possesso reale o materiale della eredità.

« Il possesso reale invece, quando sino da principio si palesa come l'esercizio del possesso di diritto, non produce nè altera alcuna delle avvertite conseguenze; ma quando in origine sia stato appreso senza alcuna esplicita dichiarazione, nè sia stata l'apprensione preceduta o susseguita da alcun fatto, che facesse necessariamente presumere la volontà di esso erede, allora il pos-

sesso reale ha conseguenze tutte proprie. » (*Op. cit.* n. 117, 118, 119)

B) *La Giurisprudenza.*

Ma non è solo la dottrina astratta degli scrittori che con sì perfetta unanimità di vedute suffraga la nostra tesi: essa raccoglie altresì, e con pari uniformità di concetto, il suffragio della giurisprudenza ogni qual volta ha avuto occasione di pronunziarsi sopra siffatto argomento.

Anzi aggiungiamo, che, per quanto abbiamo ricercato colla maggiore diligenza possibile, negli annali della patria giurisprudenza, dei quali siamo stati in grado di avere in mano tutti i più autorevoli che si pubblicano nel Regno, non ci è riuscito trovare che soltanto due decisioni della Corte di appello di Torino, i cui pronunziati in siffatta materia debbono esercitare una grandissima autorità per la ragione speciale che gli art. 952, 959 e 962 del Cod. Italiano, essendo la riproduzione perfetta degli art. 1007, 1014 e 1117 corrispondenti del Cod. Albertino, la Corte Subalpina non ha fatto altro che seguire fedelmente le tradizioni legislative non interrotte del Codice anteriore.

Ed è un fatto assai confortante questo: sì perchè l'*auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum vim legis obtinet* (fr. 38, Dig. De Leg. 1, 3); sì perchè la rarità stessa dei casi risoluti dai magistrati è la prova più irrefragabile, che pochi, o nessuno abbia osato mettere in dubbio la evidenza delle disposizioni legislative.

La Corte di appello di Torino colla prima sentenza del 6 aprile 1867 causa Brillada-Bruno — emessa, come si vede, all'esordire del nuovo Cod. civile Italiano — si esprime in questi termini:

« Attesochè l'art. 1007 del Cod. Albertino sotto il cui regime si è aperta la successione di Bartolomeo Brillada morto il 21 febbraro 1863, disponeva in chiari e precisi termini come pur di-

spone l'ora vigente Codice del Regno d'Italia, che i chiamati all'eredità, i quali si trovano nel possesso reale dei beni ereditari perdono il diritto di ripudiarla col decorso di tre mesi dall'apertura della successione o dalla scienza della deferta eredità, se non si sono conformati a quanto è prescritto per il benefizio d'inventario, e saranno considerati come eredi puri e semplici, ancorchè dichiarassero di possedere tali beni ad altro titolo;

« Che l'art. 1014 dello stesso Cod. Albertino assegnava all'erede per fare l'inventario tre mesi dal giorno dell'aperta successione o dalla scienza della deferta eredità, salvo ottenesse prorogato il termine dal Tribunale nel modo ivi espresso; e il successivo art. 1015 stabiliva che l'erede il quale non avesse, nei tre mesi almeno, cominciato l'inventario, o non lo avesse compiuto nel termine medesimo, o in quello per il quale avesse ottenuto la proroga, s'intendeva aver accettato l'eredità puramente e semplicemente.

« Atteso in fatto, che gli appellanti fratelli Brillada CONVIVEANO col PADRE, resosi defunto il 21 febbraro 1863, *presero tosto real possesso de' beni ereditarî* e non hanno fatto nè cominciato l'inventario entro i tre mesi. Che perciò, ai termini del citato art. 1015 del Codice già doveano essere considerati quali eredi puri e semplici ecc. » (BETTINI, *Giur. Ital.,* anno 1867, vol. XIX, col. 176-177.)

E con sentenza del 15 giugno 1868 — Causa Rovarina-Dedominici e Flora — la stessa Corte d'appello così decide:

« Attesochè l'art. 1007 (Cod. Alb.) stabilisce: i *chiamati* all'eredità che si ritrovano nel *possesso reale* dei beni ereditarî perdono il diritto di ripudiarla col decorso di tre mesi dall'apertura della successione o dalla scienza della deferta eredità, se non si sono conformati al disposto della sezione del benefizio d'inventario e saranno considerati come eredi puri e semplici

ancorchè dichiarassero di possedere ad altri titoli. Ora, combinando quest' articolo coll' art. 988, non si può a meno di conchiudere, che nel caso in cui siavi DUBBIO, se i beni siano o no ereditarî ed a più forte ragione se vi siano probabili argomenti per non crederli tali, non debbe applicarsi l' art. 1007, imperocchè ivi si parla di beni ereditarî e non di quelli che si pretendono tali. Quindi, nel caso che questi venissero dopo dichiarati ereditarî, non potrebbe aver luogo la *tacita accettazione*. È manifesto avere il legislatore voluto che si consideri decaduto dal beneficio della ripudiazione soltanto colui, che, sebbene conoscesse esser i beni ereditarî, tuttavia ne RITENNE il POSSESSO. Volle cioè il legislatore punire la *mala fede* e quindi non potè avere di mira colui che *possedeva* beni che *non sapeva* esser ereditarii, e tanto meno colui, che, per contro, riteneva esser diversi.

« L' art. 988 sanziona la massima, dell' *adizione tacita* che richiede nel chiamato la VOLONTÀ DI AGIRE come erede e la disposizione speciale dell' art. 1007 non può interpretarsi nel senso che il legislatore abbia voluto stabilire che la *occupazione* dei beni ereditarii come FATTO MATERIALE valga ad indurre la *tacita adizione*, senza che vi concorra l' ANIMO e la SCIENZA nell' OCCUPANTE, che fossero ereditarii, ciò che sarebbe sovvertire i generali principii di diritto, e far sì che l' *adizione* divenga cosa di *fatto materiale* e non di *animo* o *volontà*. Ed in questo senso sarebbesi *pronunziata la giurisprudenza* » (BETTINI, *Giurisprudenza Ital.* vol. XX, an. 1868, P. II. Coll. 552-53).

Se non che, dopo il precedente autorevole adottato dalla Sezione civile di questo Supremo Collegio nel suo pronunziato del 7 gennaio 1882, era ben prevedibile che la quistione — la quale fino a quel giorno era stata sempre pacificamente risoluta nel senso adottato dalla Corte di rinvio, tanto dal non avere fornito materia di contestazione davanti ai Tribunali — si fosse

risollevata da qualcuno che già poteva addurre in suo appoggio l' autorità irrefragabile della Cassazione civile di Sicilia.

E la quistione identica di fatti si è dibattuta davanti i Collegi giudiziarii di Firenze percorrendo tutti e tre i gradi di giurisdizione. Ma tutti e tre quelli autorevoli Collegi giudiziarii sono stati concordi nel dare alla controversia la soluzione adottata dalla Corte di rinvio.

Stimiamo perciò non inutile qui appresso trascrivere le considerazioni adoperate dal *Supremo Collegio di Firenze* nel suo recentissimo pronunziato del 1° marzo 1886, causa *Buzzi* contro *Samminiatelli* e *Landi*.

« Attesochè della sentenza profferita dalla Corte di Appello di Lucca il Buzzi domanda l' annullameuto per due mezzi:

« Deduce col primo avere la sentenza errato, escludendo in Marco Samminiatelli e nel Landi la qualità di eredi *puri e semplici* del padre ed avo rispettivamente; sebbene, dopo accettata la di lui eredità col beneficio d' inventario, non si dettero cura di eseguirlo entro i tre mesi successivi. Col secondo mezzo censura la sentenza di omessa motivazione etc.

« Attesochè cotesti addebiti non presentano alcun valore:

« Riguardo al primo fa d' uopo osservare che intanto la sentenza non riconobbe il Samminiatelli e il Landi come *eredi puri e semplici* in quanto *ritenne in fatto ch' essi non erano in quel* POSSESSO REALE DELL' EREDITÀ di cui parla l' art. 959 del Codice civile *nel prescrivere l' inventario entro tre mesi, trovandosi invece nella condizione giuridica contemplata* dall' art. 962 dello stesso Codice in cui si dispone che « qualora si tratti « di erede il quale *non sia nel possesso reale dell' eredità,* nè « siasi in essa ingerito, ove siano proposte istanze contro di lui, « i termini sopra stabiliti per fare l' inventario e per deliberare

« non cominciano a decorrere che dal giorno che sarà fissato « dall'autorità giudiziaria ».

« Il *raffronto dei citati articoli* mette in evidenza quanto male si apponga il ricorrente sostenendo che il Cod. civ., *nel prescrivere l'inventario, non faccia alcuna distinzione di tempo,* e stabilisca in modo assoluto che, accettata dallo erede legittimo testamentario la eredità col beneficio della legge, egli diviene erede libero, se dentro tre mesi dall'accettazione non ha fatto l'inventario.

« La distinzione fra l'erede che ha il possesso reale di cose ereditarie e quello che non le possiede effettivamente, apparisce manifesta; nel modo che l'errore sta nel ricorso che, senza tener conto della distinzione stabilita dal Codice civile, invoca articoli di legge estranei alla specie; e non nella sentenza che, additando l'ipotesi dell'art. 962 applicabile al caso, dichiara che il Ruzzi avea facoltà di chiedere la fissazione di un termine a fare l'inventario, non era però in dritto di convenire in giudizio il figlio e il nipote del defunto, quali di lui eredi puri e semplici ». (V. *Temi Veneta,* anno 1886 vol. XI pag. 145).

C) *La Relazione della Commissione legislativa del Codice Albertino.*

Ma quasi tutto ciò non bastasse trascriviamo, come suggello supremo a quanto da noi si è finora rassegnato, le parole testuali consacrate nella sua Relazione dalla Commissione legislativa incaricata di estendere nuovamente il Progetto del codice civile Albertino, dopo le osservazioni fatte dai Senati e dalla Camera dei Conti. Eccole in tutta la loro integrità:

« Dopo aver inserite nel progetto pressochè negli stessi termini le disposizioni del Codice francese riguardanti l'accettazione della eredità, sia espressa, sia tacita, come pure quelle relative alla rinunzia, si è espressamente dichiarato quanto le regole

stesse potevano avere d'indeterminato relativamente ad ogni classe di eredi, e di quelli specialmente che già trovavansi nel *possesso reale,* ossia MATERIALE dei beni componenti il domestico patrimonio, e che senza far alcun atto speciale per ottenere la qualità di erede, sarebbero nel caso di sentirne tutti i beneficii non senza pregiudizio talvolta di coloro, cui può premere che in tutto si conservi la sostanza ereditaria, troncando a riguardo dei medesimi le discussioni cui avrebbero potuto dar luogo la natura degli atti concernenti l'*anzidetto possesso,* ed alle quali non sempre é provvisto dal Codice francese; si è creduto opportuno stabilire, che lo stesso MATERIALE *possesso* sia valevole a indurre *accettazione pura e semplice* dell' eredità, ove non sia sollecito il POSSESSORE di uniformarsi a quanto il Progetto stabilisce pel caso di accettazione col beneflzio d'inventario ». (V. Progetto del Codice Albert. Minuta seconda distesa dopo le osservazioni dei Senati e della Camera dei Conti, pag. CXXXVI, CXXXVII).

A noi non resta nulla d'aggiungere di nostro, dopo le solenni dichiarazioni della Commissiòne legislativa subalpina, le quali rappresentano la *interpetrazione autentica* della disposizione in esame; poichè « *ejus est interpretare legem, cujus est concedere.* » (leg. ult. Cod. de leg. I, 14).

Penserà questa Corte Eccellentissima, in cui tradizionale è la sapienza giuridica, a suggellare colla autorità del suo sovrano responso la massima inconcussa ed inappuntabile di diritto professata dalla Corte di rinvio. Ciò in omaggio ai principii più elementari di moralità di giustizia, ed in omaggio anche alla volontà manifesta del legislatore.

II.

Confutazione del secondo mezzo del ricorso

§. I.

Pretese violazioni di legge.

Col secondo mezzo i ricorrenti deducono: che i fratelli Majorana, indipendentemente dal possesso reale conseguito per effetto dell'accettazione di eredità fatta a norma dell'art. 955 cod. civ., si trovavano già nel possesso della casa mortuaria del barone Salvatore e a custodia della medesima vi erano due vecchi impiegati del detto barone defunto. Oltredichè deducono come fatti d'ingerenza ereditaria tanto l'opposizione di quei due impiegati all'istanza del barone Reforgiato per apporsi i sigilli, opposizione che i fratelli Majorana fecero propria nel giudizio contro Reforgiato e nella dimanda del 17 aprile 1879, quanto la loro procura per riscuotere le somme depositate nella cancelleria della Corte di Cassazione dai defunti comm. Giuseppe e bar. Salvatore Majorana, e la riscossione fatta dal loro procuratore, la quale costituì i fratelli bar. Benedetto e cav. Fidenzio nel reale possesso delle già riscosse somme ereditarie.

In base a tale assurda e sofistica premessa, si dolgono gli avversari per violazione degli art. 1737, 1738, 1752, 1752, 1317, 1318, 1097, 1123, 1140, 1141, 1142, 1143, 1144, Codice civile; non che per violazione ancora dell'art. 517, n. 7 cod. proc. civ.

Basta enunciare semplicemente i termini di questo secondo mezzo del ricorso, perchè balzi subito agli occhi come esso non abbia consistenza ed efficacia giuridica di sorta, e come altresì debba reputarsi atto di eccessiva temerità quello di farlo giungere sino al cospetto della Corte di Cassazione.

§. 2.

Risposte decisive contro le pretese violazioni di legge.

Noi non abbiamo da spendere molte parole per confutare questo secondo mezzo dell'avversario ricorso, bastandoci soltanto per dimostrarne la completa inanità l'opporre questa semplicissima e perentoria risposta, che cioè la Corte di Appello, nel suo sovrano apprezzamento di merito, si convinse in fatto che i fratelli Majorana non ebbero in alcuna guisa detenzione materiale di beni, appartenenti al defunto, nè vi esercitarono in alcun modo ingerenza di sorta che li avesse potuto far decadere dal beneflzio di eredi beneficiati.

Se questo è il giudizio del magistrato di merito bisogna rispettarlo; ed è pretesa irreverente quella di voler costringere la Suprema Corte di Cassazione a intraprendere un esame di fatto che sfugge all'altezza del proprio ufficio.

Le quistioni dedotte col secondo mezzo del ricorso sono quistioni puramente di fatto risolute sovranamente colla massima diligenza ed imparzialità possibile dalla Corte di rinvio. Eccone i termini sacramentali che costituiscono una solenne ed irrefutabile smentita delle avversarie pretese.

« La Corte osserva che dall'esame degli atti sorge evidente non essere stati i detti fratelli Majorana nel possesso materiale della eredità del padre adottivo.

« Domiciliati in Catania e addolorati per la gran malattia del padre legittimo che lo portò alla tomba dopo pochi giorni dalla morte del fratello, non si trovarono essi in Militello alla morte del padre adottivo, nè andarono in quel comune prima dell'apposizione dei suggelli nella casa mortuaria del barone Salvatore. Nè è stato menomamente giustificato di essersi posti

essi in possesso dei beni appartenenti alla predetta eredità.

« Non può considerarsi atto costitutivo di materiale possesso dell'eredità nè ingerenza in essa la opposizione che fecero all'apposizione dei suggelli, ad istanza del barone Reforgiato, i due impiegati del barone Salvatore, che *come già impiegati di* COSTUI *continuarono a rimanere nella casa del detto barone,* perchè a rimanere in quella casa *non furono autorizzati* dai fratelli Majorana, perchè annunziarono al pretore un fatto che come impiegati del barone Majorana era a di loro conoscenza, cioè che il barone Salvatore aveva lasciato due figli adottivi ch'erano appunto i fratelli Benedetto e Fidenzio, d'onde la mancanza di dritto successorio nel barone Reforgiato e la mancanza di dritto in questi a fare apporre i suggelli. E in tutto ciò non può ravvisarsi affatto dimostrazioni di possesso reale o ingerenza per parte dei fratelli Majorana nell'eredità suddetta, *mentre non è stata fornita alcuna giustificazione di mandato o incarico dato da costoro ai predetti due impiegati del barone Majorana.*

« Nè l'aver tenuto conto i detti fratelli Majorana di tali opposizioni nelle difese spiegate innanzi al Tribunale di Caltagirone contro il barone Reforgiato può dar luogo ad argomentazioni contro di loro sul preteso possesso reale ossia materiale, e la voluta ingerenza sulla predetta eredità, perchè il giovarsi essi di una opposizione fatta in tutela dei dritti loro, da terzi, non può considerarsi costitutivo di pregiudizio ai medesimi. Per altro nel trar prò di tali opposizioni *non affermarono mai i Majorana di avere dato mandato od incarico ai predetti due impiegati del barone Salvatore Majorana, e molto meno di averli autorizzati a continuare la dimora e nel di loro interesse nella casa mortuaria del barone.*

« Non può nemmeno argomentarsi il voluto possesso materiale e la voluta ingerenza dal certificato di una procura pel

ritiro di un deposito esistente nella cancelleria della Corte di Cassazione, sia perchè dal detto certificato NON RISULTA CHE LA PROCURA SIA STATA FATTA DAI MAJORANA nella qualità di eredi del padre adottivo, sia perchè dallo stesso certificato figura essere stata anche procuratrice Marianna Majorana che non è nè EREDE TESTATA, NÈ FIGLIA ADOTTIVA del barone Salvatore, il che fa indurre che la procura in parola sia stata fatta da tutti e tre i Majorana fratelli e sorelle nella QUALITÀ DI EREDI DEL COMUNE GENITORE LEGITTIMO COMM. GIUSEPPE.

« Sia infine perchè la procura predetta sarebbe stata di data posteriore all' accettazione di eredità col beneficio d' inventario, e si sa che trattandosi di esazione di somme possono queste farsi dall' erede beneficiato nell' interesse dell' eredità beneficiata senza che possa perciò ammettersi che per tal fatto sia mai luogo a quel possesso reale ed a quella ingerenza di che trattano gli art. 959 e 962 del Codice Civile. La Corte viene alla dichiazione di non essere stati i predetti fratelli Majorana nel possesso reale o materiale dell'ereditá in parola, nè essersi in essa ingeriti perchè s' è formata tale convinzione vagliando gli atti ed esaminando i fatti tutti dai quali si era creduto indurre o giustificare il preteso possesso reale o materiale e la pretesa ingerenza. »

Dopo questo logico e vigoroso ragionamento della Corte di merito riesce assolutamente ozioso aggiungere qualsiasi altra parola per confutare il secondo mezzo dell' avversario ricorso, poichè « *quaestio facti est voluntatis quaestio et in arbitrio judicantis est* ».

Ma, dato pure e non concesso in ipotesi estrema, che voglia il Supremo Collegio a semplice titolo di curiosità deliberare le quistioni sollevate inopportunamente dall' avversaria difesa, non potrà che risolverle per forza nel senso in cui ebbe a risolverle sapientemente la Corte di merito.

a) Anzitutto il fatto confessato spontaneamente dai ricorrenti, che la casa mortuaria era custodita da due impiegati del defunto barone Salvatore Majorana, esclude già in modo assoluto che i resistenti ne avessero la detenzione materiale, non essendo impiegati dei medesimi le persone addette alla custodia della casa.

b) Ed in secondo luogo, come osserva sapientemente la Corte di merito, nel trar prò di tali opposizioni non affermarono mai i signori Majorana di aver dato mandato od incarico ai predetti due impiegati del barone Salvatore Majorana, e molto meno di averli autorizzati a continuare la dimora per di loro interesse nella casa mortuaria del defunto barone. Se così ha detto il magistrato di merito, il suo giudizio, come che verte sul puro fatto, non può essere menomamente sottoposto all' esame della Corte di Cassazione.

c) È poi addirittura sofistica ed assurda la pretesa degli avversari, quando vogliono trarre la prova della supposta ingerenza nell' eredità dal certificato di una procura pel ritiro di un deposito esistente nella cancelleria della Corte di Cassazione. In legge il giudicare quale fosse il contenuto, quale il tenore di tale certificato è sicuramente competenza del magistrato di merito. Ora la Corte di merito, pronunziando un giudizio incensurabile di fatto, ha ritenuto che cotesta procura non fu fatta dai fratelli Majorana nella qualità di eredi del padre adottivo barone Salvatore, appunto perchè dallo stesso certificato appare essere stata pure costituente la signorina Marianna Majorana che non è nè erede testata, nè intestata del barone Salvatore, ma che fu fatta invece da tutti e tre fratelli e sorella Majorana nella qualità di erede del comune genitore legittimo comm. Giuseppe. Oltredichè quel deposito giace tuttora nelle casse dello Stato.

Come pretendere, dunque, che la Cassazione verifichi e corregga siffatto giudizio puramente di merito risultante dall' esame

materiale di un documento, senza pretendere che abdichi al suo alto ufficio di magistrato regolatore? Superflua dunque ogni altra insistenza.

III.

Confutazione del terzo mezzo del ricorso

§ I.

Pretese violazioni di legge

Col terzo mezzo del ricorso, infine, si muovono dagli avversari molteplici ed acerbe accuse contro la impugnata sentenza della Corte di rinvio; ma tutte destituite ugualmente di qualsiasi consistenza ed efficacia giuridica come quelle dedotte nei mezzi precedenti. Riassumendoli, questi ultimi capi di accusa si riducono alle seguenti gratuite impugnazioni.

Si dolgono, innanzi tutto, gli avversari per non avere la Corte di Appello dichiarata inammissibile, perchè sollevata la prima volta in sede di rinvio, la dimanda proposta nella loro comparsa conclusionale dai fratelli Majorana, colla quale deducevano che fosse ritenuto di avere i medesimi cominciato e compiuto in tempo utile l'inventario, e subordinatamente che fosse ritenuto di essersi trovati i medesimi per ostacolo insuperabile di fatto, causato dall'apposizione dei suggelli, nell'impossibilità di cominciare l'inventario in termine, per guisa da non essere loro applicabili le sanzioni di rigore di legge. La Corte di Appello — soggiungono i ricorrenti — non tenne conto di questa loro deduzione. Oltre di che si studiano di combattere con molta vivacità di linguaggio, che accusa la povertà di argomenti giuridici efficaci, le singole proposizioni addotte dalla Corte di Appello in sostegno di questa sua tesi di fatto, denunziandole come altrettante violazioni di legge.

Da tali considerazioni evidentemente infondate ed assurde pretendono gli avversarii, che scaturisca la violazione degli articoli 360 n. 6 e 361 n. 2, dell' articolo 517 n. 2 procedura civile, nonchè la violazione e falsa applicazione degli articoli 959, 962, 1350 e 1351 Codice civile e degli articoli 543, 857, 861, 866, 867, 870, 871 Codice di procedura civile.

Brevi e perentorie le nostre risposte anche a quest' ultimo mezzo del ricorso.

§ II.

La Corte di rinvio aveva piena facoltà di decidere la quistione di merito.

Non è vero, in primo luogo, che tale dimanda fu proposta per la prima volta dai fratelli Majorana in sede di rinvio. Dagli atti della causa risulta chiaramente, invece, che essa formò oggetto precipuo della contestazione agitatasi dinanzi al Tribunale, come lo formò altresì della sentenza da quest' ultimo emessa. Fu quindi dedotta dai fratelli Majorana nel loro appello e ripetuta nella comparsa letta dinanzi alla prima sezione della Corte di Appello di Catania.

Quest' ultima non credette interloquire nella sentenza del 31 gennajo 1880 indi annulluta dal Supremo Collegio; perchè, muovendo dal concetto che i signori Majorana non ebbero la detenzione materiale dei beni ereditarii, ritenne altresì che i medesimi non fossero nel possesso reale dell' eredità e che perciò non avessero l' obbligo a compilare l' inventario entro il termine di tre mesi dall' aperta successione.

Dinanzi alla Cassazione, in base ai termini del ricorso, la questione versò unicamente nel saper che cosa intendeva la legge per possesso reale dell' eredità agli effetti di compilare l' inven-

tario entro il termine di tre mesi dal dì dell'aperta successione. E la Cassazione, in apposito giudizio, annullò la sentenza della prima sezione della Corte d'appello di Catania.

Alla Corte di rinvio per conseguenza era sottoposto integralmente l'esame della quistione di fatto non trattato dalla prima Sezione della Corte d'Appello, appunto perchè dedotta era nell'appello dei fratelli Majorana e agitatasi dinnanzi al Magistrato di primo grado.

Cade dunque di pianta l'accusa più valida fatta dai ricorrenti contro questa parte della sentenza impugnata. Il cav. Rosso-Tedeschi e consorti conclusero nella loro comparsa in modo generico pel rigetto delle eccezioni contrarie nuove. Ora, provato che quella di cui si controverte non era una eccezione nuova, ma formava essa parte degli anteriori giudizii ed era stata dedotta in appello, non regge parimente la denunzia di omessa motivazione dei ricorrenti.

§ III.

Sovrano apprezzamento di fatto incensurabile in Cassazione.

Ma poi è veramente strana ed inesplicabile la pretesa dei ricorrenti quando pretendono denunziare per cassazione questa parte della sentenza impugnata, una volta che la Corte di merito, vagliando attentamente gli atti e documenti della causa, si convinse sovranamente in fatto che i fratelli Majorana compilarono l'inventario nel termine di legge regolarmente prorogato dal giudice competente.

Oda il Supremo Collegio i termini coi quali si esprime il Magistrato di rinvio nel risolvere la terza quistione contro la quale si appunta l'ultimo mezzo del ricorso avversario:

« La Corte osserva che si è occupato il Collegio della se-

conda quistione perchè gli atti prodotti e le deduzioni delle parti hanno apprestato occasione allo svolgimento di essa, ma in sostanza ha creduto più opportuno fermarsi sopra lo attento esame degli atti; ed è stato appunto dalle risultanze di questi che si è formata la convinzione d' avere i fratelli Majorana iniziato in tempo utile e legalmente compiuto l' inventario dei beni lasciati dal padre loro adottivo barone Salvatore Majorana e che devono anche perciò considerarsi eredi beneficiati del detto barone. E di vero il barone Salvatore Majorana moriva in Militello il 25 gennaro 1877 ed a 29 gennaro 1877 sull' istanza del barone Reforgiato furono apposti i suggelli nella casa mortuaria e nella casina di campagna del barone Majorana.

« I fratelli Benedetto e Fidenzio Majorana figli adottivi di Salvatore il 3 marzo per mezzo di loro procuratore facevano dichiarazione nella cancelleria della pretura di Militello di volere accettare l' eredità col beneficio d' inventario, e questa dichiarazione veniva iscritta nel registro degli atti di rinunzia trascritta nell' ufficio delle ipoteche ed in tempo utile inscritta nel giornale degli annunzi giudiziari.

« Nel 19 aprile 1877 presentarono domanda al pretore per la nomina del notaro e, perchè ne erano apposti i suggelli nella casa mortuaria e nella casina di campagna, richiedevano proroga di termine per compilare l' inventario. Il pretore prorogò il termine di tre mesi per compilare l' inventario, si riservò di nominare il notaro dopo remossi i suggelli. E remossi questi per sentenza del Tribunale di Caltagirone fu ripetuta l' istanza, e fu già nominato il notaro e si procedette quindi alla compilazione dell' inventario, e chiesta altra proroga e negatosi dal pretore, fu accordata dal Presidente del Tribunale di Catania e lo inventario fu compiuto entro il termine della detta proroga. »

« Ora da tutti questi fatti ben si ravvisa, che l' inventario fu

iniziato in tempo utile, e in tempo utile fu compiuto, e che non è il caso oggi di sollevarsi quistioni sull'efficacia e validità di quell'atto.

« L'art. 957 prescrive, che la dichiarazione di cui all'articolo 955 non produrrà effetto se non sarà preceduta e susseguita dall'inventario dei beni dell'eredità nelle forme determinate dal Codice di procedura Civile, e l'articolo 959 aggiunge che l'erede ove nel termine di tre mesi abbia cominciato l'inventario non possa compirlo, ricorrendo al pretore può ottenere una proroga, la quale per particolari gravi circostanze può eccedere anche il termine di altri tre mesi.

« I precitati due articoli parlano adunque d'inventario nelle forme del Codice di procedura civile incominciato nei tre mesi dall'apertura della successione, per avere luogo utile proroga e legale compilazione di esso in tempo utile. Ma che ha inteso dire il legislatore con la parola *incominciato* di cui parla nel precitato articolo 959? Evidentemente incominciato nel modo indicato dallo articolo 957 cioè incominciato nel modo prescritto dal Codice di procedura civile.

« Ma allora è ben evidente, che non intese esso circoscrivere l'incominciamento alla compilazione del primo verbale notarile, ma ad ogni atto richiesto dal Codice di procedura, per potersi venire alla compilazione dell'inventario nel modo da esso prescritto. Sicchè deve considerarsi atto di incominciamento dello inventario la istanza al pretore per la destinazione del notaio e il provvedimento del pretore sulla nomina di esso.

« La elezione di domicilio nel luogo del comune in cui si deve procedere alla compilazione dell'inventario, atti questi indispensabili che devono necessariamente essere indicati e trascritti nel primo verbale del notajo e che perciò devono essere considerati nel senso voluto dal Codice, atti d'incominciamento di inventario.

« Così essendo non può dubitarsi che la domanda dei fratelli Majorana al pretore fu fatta entro i tre mesi dall'apertura della successione e perciò ben potè il pretore per le difficoltà incontrate rimandare ad altro tempo la nomina del notaio e prorogare il termine per la compilazione di questo, avendo già nelle sue mani il primo atto richiesto dal Codice di procedura per la compilazione dell'inventario cioè la domanda per la destinazione d'un notaio.

« Ma poi è da osservare, che la domanda per la destinazione del notaio veniva fatta dai fratelli Majorana, quando già erano stati apposti i suggelli nella casa mortuaria e nella casina di campagna del barone Salvatore, e perciò obbligati ad attendere la remozione dei sugelli per potersi passare alla compilazione dell'inventario, resultando ciò chiaro e dalla lettera e dallo spirito informatore delle disposizioni di legge, contenute negli articoli 857 e 887 del Codice di procedura civile.

« Costatando adunque il pretore l'impossibilità di procedere i Majorana allo inventario per la esistenza dei sugelli e la mancanza di remozione di essi, ben fece il pretore in vista di tale inconveniente ad allargare il termine per la compilazione dello inventario. Era egli che doveva conoscere la possibilità o meno della esecuzione di quell'atto e se costata tale IMPOSSIBILITÀ non può criticarsi anche per questa considerazione di avere accordato altri tre mesi di tempo per la compilazione dell'inventario e di rimandare alla rimozione dei sugelli la nomina del notaio.

« Dietro il provvedimento del pretore i predetti Majorana non avevano che fare, erano essi costituiti nella impossibilità di eseguire l'inventario non per altro per la mancata destinazione del notajo.

« Essi quindi non possono considerarsi *negligenti* e *quel ch'è più decaduti da un beneficio di legge per inesecuzione d'atto*

che furono nella impossibilità di eseguire. E la impossibilità a fare l'inventario era evidente e viene anche a riconoscersi dalla Corte, e in presenza di essa non potrebbe ammettersi decadenza del beneficio d'inventario nei fratelli Majorana.

« Vanamente si é detto, che, malgrado l'apposizione dei sugelli, potevano i fratelli Majorana iniziare l'inventario perchè questa pretensione trova ostacolo nelle disposizioni contenute negli articoli 867, 872 N. 5 e 856 del Codice di procedura civile; quando vi è stata apposizione di suggelli, l'inventario comincia colla trasmissione dei verbali di apposizione al notaro e la detta trasmissione non poteva avere luogo perchè non remossi ancora i suggelli. Per altro il barone Reforgiato aveva fatto istanza di apposizione dei sugelli, ed era tra lui ed i signori Majorana impegnato contrasto innanti il Tribunale per causa dell'apposizione dei detti sugelli.

« Era quindi il caso dell'applicazione dell'art. 962 primo alinea di dover fissare l'autorità giudiziaria il termine in cui doveva cominciare l'inventario. E ciò appunto fu fatto dal pretore col provvedimento di sopra menzionato. E l'operato del Pretore fu confermato dal Presidente del Tribunale; quando si disputò sulla convenienza della seconda proroga, il presidente esaminò allora la vertenza ed accordò la seconda proroga negata dal Pretore. E ciò facendo riconobbe esso senza dubbio la legittimità della prima proroga e la legalità di tutto ciò che era stato fatto, sicchè se non può sostenersi incompetenza oggi del Tribunale e della Corte ad esaminare la legalità delle proroghe accordate dal Pretore e dal Presidente del Tribunale per compilare l'inventario, vi ha però l'autorevole giudizio del magistrato superiore competente; del Presidente cioè del Tribunale, che considerò la legittimità delle proroghe perchè in tempo utile fatta la correlativa domanda per la compilazione dell'inventario.

« Non avrebbe infatti il presidente del Tribunale accordata la proroga se avesse riconosciuto che la prima proroga non fosse stata accordata nel termine di legge.

« È stato detto che il barone Reforgiato se fece apporre i suggelli il 29 gennaro, il 25 febbraro fece dimanda al pretore per poterli rimuovere. Che il Pretore dispose la remozione la quale fu intanto contrastata dai Majorana. Dunque colpa loro se non vennero remossi e ciò essi fecero per godere dei beni dell'eredità in pregiudizio dei creditori. Queste deduzioni non hanno potuto essere accolte dalla Corte.

« Vera l'apposizione dei suggelli il 29 gennaro. Vera la dimanda di desistenza del Reforgiato del 25 febbraro, ma la notifica del provvedimento del Pretore ebbe luogo nel marzo dopo la dichiarazione dei Majorana di accettare l'eredità col beneficio d'inventario. Se resistettero adunque alla remozione nel modo come presentavasi nol facevano nè il potevano più fare nel proprio esclusivo interesse, ma in quello dell'eredità beneficiata. Ed era ciò per lo meno consigliato per esuberanza di cautela dalla qualità di eredi beneficiati, non fosse altro per fare rientrare e non trascurare di fare rientrare nell'eredità i danni ed interessi che credevano competere a questa per la illegale apposizione dei suggelli ad istanza di Reforgiato. Non possono adunque rimproverarsi essi di ciò che potè bene essere stato fatto per esuberanza di cautela e con intendimento di recare utilità o per lo meno non venire pregiudicata l'eredità beneficiata.

« Certo è poi che l'atto del 4 marzo ad istanza di Reforgiato per procedersi alla remozione dei suggelli era indubitatamente un'istanza che si dirigeva contro di essi, resistendo perchè non fosse luogo alla remozione per lo assentimento di Reforgiato, ma perchè nullamente apposti. Non può dirsi che agendo in tal modo avessero pregiudicato gl'interessi dell'eredità beneficiata. Che la

resistenza alla remozione dei suggelli sia stata operata per godere dei beni ereditari in pregiudizio dei creditori è *pura asserzione non presentandosi giustificazione di sorta* che i fratelli Majorana pria di venire compilato l'inventario fossero in *possesso* di beni qualunque dell'eredità del barone Salvatore Majorana.

« Nè ha potuto accertare l'altra deduzione che anche nella esistenza dei suggelli poteva iniziarsi l'inventario se a far ciò si avesse voluto; perchè, a parte delle osservazioni di sopra espresse, i fratelli Majorana non potevano dare principio all'inventario nella mancanza della nomina del notaio.

« Nè, esistendo i suggelli, poteva compilarsi l'inventario dal cancelliere della Pretura. *Non è stato poi giustificato che nella casa mortuaria oltre alle stanze nelle quali erano apposti i suggelli ve ne fossero altre, nelle quali potessero incominciare la compilazione dell'inventario,* perché resiste a ciò il verbale di apposizione dei suggelli, nè la esistenza di altre stanze giustifica potersi accedere in queste colla apposizione dei suggelli in quelle indicate nei verbali di apposizione: vagliando insomma ed esaminando la Corte tutti gli atti prodotti e le deduzioni svolte, si è formata piena convinzione che l'inventario in parola fu in tempo utile iniziato e compilato.... sia per l'impossibilità in cui furono i fratelli Majorana di compilare l'inventario pria della rimozione dei sigilli disposta dal magistrato competente, che diè luogo indubitatamente alla sospensione del termine dei tre mesi; sia perchè per le istanze e per gli atti eseguiti *non possono i Majorana considerarsi negligenti e inadempienti* agli obblighi loro imposti dalla legge, avendo fatto essi *tutto ciò che potevano,* per compilare quanto più presto possibile l'inventario; e dippiù poi, non essendo essi nel possesso reale e materiale dell'eredità, nè essendosi ingeriti in essa, non correva termine contro di loro a fare l'inventario pria di quello disposto dal magistrato. »

Basta la semplice lettura di questa parte della sentenza impugnata col terzo mezzo del ricorso perchè apparisca luminosamente come la Corte di rinvio, con pieno convincimento e sovrano giudizio di fatto, abbia riconosciuto *il tempestivo cominciamento* dell' inventario, lo stato d' *impossibilità* in cui si trovarono costituiti i fratelli Majorana, l' aver essi fatto *tutto ciò che potevano,* per adempiere, quanto *più presto fosse possibile,* alle disposizioni della legge, ed escludendo assolutamente a loro carico ogni responsabilità di *negligenza* e d' *inadempimento.*

Tutti questi giudizii di puro fatto sono assolutamente incensurabili, e sottratti alla competenza della Corte Suprema in un giudizio di Cassazione.

Ma vi ha dippiù. La Corte di rinvio, oltre all' aver pronunziato un giudizio sovrano di fatto, con questa parte della impugnata sentenza, ha saputo spiegare così sapienti considerazioni di diritto da paralizzare completamente le sofistiche ed arbitrarie accuse dei ricorrenti. Esse non hanno bisogno di commento veruno; ma, solo per sovrabbondanza, ci permetta la Corte Eccellentissima di aggiungere qualche nostra modesta osservazione a sostegno della tesi vigorosamente propugnata dalla Corte di rinvio.

§ 4.

Non decade per legge dal beneficio dello inventario l' erede che, non potendo cominciarlo entro i tre mesi dal dì dell' aperta successione, chiede ed ottiene dal pretore una proroga prima dello spirare di essi.

Gli avversari, accorgendosi di aver male provocato il giudizio dell' Eccellentissima Corte di Cassazione in una materia di puro apprezzamento di fatto, han creduto di trovare una scusa ed una attenuante alla loro irreverente pretesa soggiungendo, che il giu-

dizio della Corte di rinvio si fonda sopra illegali ed erronee proposizioni di diritto. Ora se qual cosa vi ha di erroneo e d'illegale si è la pretesa degli avversarî.

E per fermo tutte le *decadenze* e le *sanzioni* formali comminate dalla legge costituiscono la *pena* di colui che per *colpa o negligenza propria* non osserva i termini o le forme prescritte dalla legge medesima. Ora le disposizioni degli art. 959 e 960 non possono sottrarsi all'impero di questo salutare principio, che informa in ogni loro parte tutte le legislazioni antiche e moderne.

Quando l'inventario *non si comincia* prima che spiri il termine di tre mesi per *negligenza* o per *desidia* di colui, che ne avrebbe l'obbligo, bene è che costui decada dal beneficio di esso, col divenire erede puro e semplice: *Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire.*

Le leggi prevedono i casi, che ordinariamente avvengono: *quod plerumque fit.* Ed ordinariamente avviene, che nessuno ostacolo suole frapporsi al cominciamento dell'inventario.

Ma, può accadere pure, sebbene in casi rarissimi, come accadde difatti nella specie in esame, che colui il quale è tenuto a formare l'inventario, per circostanze fortuite, superiori alla propria volontà, non si trovi nella possibilità, non che di compierlo, neppure di darvi cominciamento.

In tal caso, se non può farsi colpa a colui che si trova in tale stato deplorevole ed invincibile di cose dell'indugio a cominciare l'inventario, non è assurdo, e, più che assurdo, iniquo fare ricadere sopra il medesimo gli effetti di una colpa, che non è sua?

Se la legge non prevede tassativamente negl'invocati articoli siffatta ipotesi perchè *quod raro evenit, praetereunt legislatores;* non per questo bisogna dimenticare tutti i principî relativi alla *colpa* ed alla *forza maggiore,* i quali è nell'obbligo e nel diritto del magistrato di applicare interamente e senza riserva

quando concorrono le condizioni che vi danno luogo: *ubi eadem ratio legis, ibi eadem legis dispositio.* Come d'altro canto il magistrato è tenuto ed autorizzato al punto istesso a non applicare le disposizioni della legge, quando vengono meno i motivi determinanti della medesima: *cessante ratione legis, cessat et ipsa lex.*

Anzichè dunque fulminare *in astratto* come piacque al Tribunale, e come piace alla difesa avversaria, la decadenza dal benefizio dell'inventario, contro i signori Majorana, è d'uopo esaminare scrupolosamente e colla massima serenità, se debba imputarsi a loro colpa, ovvero al concorso di circostanze *indipendenti* dalla loro volontà, il non aver dato principio all'inventario entro i tre mesi dal dì dell'aperta successione.

Ma questo stesso esame, al punto in cui stanno le cose, riesce superfluo non solo, ma è altresì vietato alla Corte come lo era al Tribunale, dapoichè vi ha già un pronunziato emesso dal pretore nella pienezza della sua attribuzione, onoraria, il quale estimando sovranamente i fatti e le circostanze tutte allegate dai signori Majorana, accordò la chiesta proroga.

Tale giudizio fatto una volta dall'autorità competente che, riconoscendo l'impossibilità a cominciare lo inventario, accordò la proroga del termine, non può rifarsi da un altro magistrato chiamato a definire in linea contenziosa una diversa quistione.

D'altronde il Decreto 19 aprile 1877 emesso dal Pretore di Militello non patisce censura di sorta quanto a *forma* e *termine,* essendo stati essi scrupolosamente osservati.

E di vero quanto alla *forma* del *decreto* emanato dal pretore, nessuna doglianza si muove dalla parte avversaria, come nessuna può muoversene affatto; e quanto al *termine* non può mica dubitarsi che il medesimo fu emanato nel 19 aprile 1877 prima ancora che spirassero *i tre mesi* dal giorno dell'aperta successione, avvenuta li 25 gennaio 1877. Quanto poi alla sostanza

esso fu emanato con piena cognizione di causa, e contiene un'esatta e coscienziosa estimazione dei fatti sottoposti esclusivamente alla cognizione del pretore. Ecco nella sua integrità il decreto in esame del pretore:

« Noi Avv. Andrea Barlese pretore del Mandamento di Militello — Visto il superiore ricorso — Visto il *verbale di apposizione di suggelli;* non che l'atto di *opposizione alla* remozione dei *suggelli* stessi ed il Decreto che rimette le parti al Tribunale — Visto la dichiarazione 3 marzo 1877 di accettazione di eredità del defunto barone Salvatore Majorana, fatta dai ricorrenti *col beneficio* della legge e dello *inventario.*

« Attesochè per l'apposizione dei suggelli stessi furono *impossibilitati* i ricorrenti a far confezionare l'inventario nel termine di legge. Visto l'art. 959 del codice civile — *Prorogando* il termine, accordiamo ai ricorrenti suddetti *altri tre mesi* decorrendi dalla scadenza del termine di legge, *salvo* a provvedere sulla *nomina* del *notaro,* quando sarà ordinata la *remozione* dei suggelli, su cui pende ancora giudizio — Dato a Militello li 19 aprile 1877 - Barlese, *Pretore;* Giovanni Zerbo, *Cancelliere* ».

Esso, poichè non venne in nessuna maniera *impugnato dinanzi all' autorità gerarchica superiore,* fa stato di fronte a tutti; nè può esserne messa in dubbio la sua validità, nè distruggersi gli effetti legittimi dal medesimo derivanti, perchè essi costituiscono altrettanti *diritti quesiti* dei signori Majorana, i quali non possono, senza flagrante violazione dei principii più inconcussi di moralità, di legge e di giustizia, essere defraudati nelle legittime aspettative, cui loro dà irrevocabilmente diritto un provvedimento emesso dal magistrato nella pienezza della sua giurisdizione onoraria.

Nè si obbietti, che questo decreto pretorio sia stato emesso fuori il caso determinato dalla legge. Comunque sia non è questo

il luogo, nè il tempo, nè il magistrato competente per invalidare un atto, il quale, emanato da chi per legge avea esclusivamente il diritto di farlo, costituisce il *substratum* giuridico di una serie di atti *posteriori* compiti in base a quello primitivo, che sta a loro come *causa* ad *effetto*.

Che efficacia avrebbe mai quella profonda verità che ci viene dalla sapienza del Diritto Romano: *multa facta tenent, quae lege fieri prohibentur*, se non è questo precisamente il caso, in cui deve farsene applicazione, in omaggio all' affidamento autorevole derivante da un atto legittimo e regolare dell'autorità competente, in omaggio alla soverchia e scrupolosa diligenza adoperata dai signori Majorana, ed in omaggio infine alla loro *buona fede*, la quale in questa parte non si è osato mettere in dubbio neanche dai creditori, di cui son noti i sensi poco benevoli verso la famiglia Majorana?

Nè invochiamo a caso la *buona fede* dei signori Majorana, poichè si sa che quando concorrono non pure le condizioni, ma le semplici parvenze dell' acquisto legittimo di un diritto, colui che con *illesa coscienza* compie regolarmente tutti gli atti prescritti dalla legge per acquistarlo, viene provvidamente soccorso dalla legge all' oggetto di acquistarlo di *fatto*. « *Bona fides* « *tantadem possidenti praestat, quantum VERITAS, quotiens* « *lex impedimento non est*. (fr. 136 Dig. de div. reg. jur. L. 17) ».

§ 5.

Giustificazione della impossibilità a cominciare l' inventario entro i tre mesi dell' aperta successione.

Ma, quand'anche la Corte Ecc.ma credesse per poco discendere essa all' esame dei fatti che determinarono il primo decreto di proroga accordato dal pretore di Militello, non potrà che ricono-

scere la *impossibilità* legale assoluta in cui trovandosi i signori Majorana a cominciare l'inventario, impossibilità non solo riconosciuta dal Pretore, ma motivata formalmente da lui per effetto dell' *apposizione* dei *suggelli,* dell' opposizione alla *rimozione* di essi, e dell' *ordinanza di rinvio* al Tribunale di cui si attendevano i provvedimenti.

Nè ciò solo; il pretore per gli stessi motivi ricusa di nominare il notajo subordinandone la nomina all' esito del sudetto giudizio. Ora come potevasi senza notajo delegato cominciare lo inventario? Non costituiva questo un vero caso d' *impossibilità legale* pei signori Majorana?

Basta all' uopo un semplice ricordo dei fatti.

Il 25 gennajo 1877 muore in Militello il barone Salvatore.

Quattro giorni appena scorsi, eccoti una seconda catastrofe per la morte del Comm. Giuseppe genitore dei fratelli Majorana.

Si aprono quindi due tombe quasi contemporaneamente, ed i fratelli Majorana, nell' acerbo dolore che li strazia, non hanno un giorno libero al pianto!

Difatti il 29 dello stesso gennaio il *barone* Reforgiato, spacciando la sua mal pretesa qualità di *erede* del defunto barone Salvatore, fa istanza al Pretore di Militello per l' apposizione dei suggelli e l' apposizione dei suggelli è ordinata.

I fratelli Majorana, come risulta dal verbale, neanche sono presenti all' apposizione dei suggelli; le proteste contro l' atto illegittimo compite dal Reforgiato furono fatte da due vecchi impiegati del defunto Barone Salvatore. Ma non valsero a nulla i loro reclami, chè furono apposti i suggelli e nominato il custode!

E noti la Corte, che nella casa mortuaria di Militello, in cui furono apposti i suggelli, stavano l' *Archivio* e la *Contabilità* del barone Salvatore; vuol dire tutto quanto occorreva per dare cominciamento alla formazione dell' inventario.

Come *potevano* dunque i signori Majorana dar *principio all' inventario,* se prima non fosse stato *rimosso* in via *preliminare* l'ostacolo dei *suggelli?* E come avrebbero potuto ottenere siffatta *rimozione* se non per virtù di un *pronunziato* dell'autorità giudiziaria cioè del Tribunale di Caltagirone?

Ora a ciò provvidero scrupolosamente e colla massima diligenza i signori Majorana, citando con atto del 5 e 22 marzo 1877 il signor Reforgiato a comparire dinanzi il Tribunale di Caltagirone, perchè, riconoscendo infondata la di lui pretesa alla successione, ordinasse la *rimozione* dei *suggelli* colla condanna di conseguenza.

Erano queste le condizioni assai tristi, in cui versavano i signori Majorana, quando nel 19 aprile 1877 fecero istanza al Pretore per ottenere la proroga del termine all' oggetto di cominciare l' inventario, e la nomina del notajo — Quale magistrato avrebbe potuto negarla senza commettere un atto manifesto d' ingiustizia?

Invano s' obbietta dagli avversarii, che i signori Majorana avrebbero potuto fare istanza per procedere alla formazione dell' inventario col concorso del *Reforgiato,* il quale del resto con atto del 25 febbraio 1877 avea manifestato la volontà di consentire alla rimozione dei suggelli.

A parte le spese cui avrebbero dovuto andare incontro, i signori Majorana procedendo alla formazione dell'inventario in via giudiziaria coll'intervento del Reforgiato, si sarebbero apertamente pregiudicati nei loro diritti perchè avrebbe ciò costituito (malgrado tutte le riserve e proteste possibili) l' implicito riconoscimento della pretesa del Reforgiato a raccogliere l' eredità. Ora questo sacrifizio dei loro dritti non era consentito dalla legge, nè dalla ragione: « *Melius est intacta jura servare quam post vulneratam causam remedium quaerere* ».

Che poi fosse un' astuzia ed una burletta il preteso consentimento del Reforgiato alla rimozione dei suggelli, si rileva colla massima evidenza dalla conclusione, che il medesimo fece dinnanzi al Tribunale di Caltagirone colla quale chiese: « dire detti suggelli essere stati *apposti validamente* colla di lui *legittima qualità di successibile di diritto* del comune zio *barone* Salvatore Majorana Cucuzzella. Di conseguenza dire inattendibili o rigettare tutte le dimande spiegate dagli attori cogli atti 5, 10 e 13 marzo scorso, perchè non solo sono *prive* di ogni sostrato e *giustificazione legale,* ma benanche si palesano assolutamente come figli del cavillo, della capziosità e vessazione....»

Ora è concepibile l' accordo con siffatta persona per procedere insieme alla formazione dell' inventario? Pertanto è evidente, che, sussistendo un legittimo impedimento, i signori Majorana versavano nella vera *impossibilità* a cominciare lo inventario.

§ 6.

Nel fatto l' inventario fu cominciato prima che spirassero i tre mesi dal dì dell' aperta successione.

Ma — dato pure, in estrema ipotesi (impossibile a prevedersi), che, obliando per poco i principî di dritto relativi alla *forza maggiore,* compendiati nel celebre aforisma *contra non valentem agere non currit praescriptio,* non si voglia, malgrado il sovrano apprezzamento di fatto del magistrato di rinvio, tener conto dell'IMPOSSIBILITÀ *giuridica,* in cui si trovavano i fratelli Majorana a redigere l' inventario; e si corra dietro all' erronea interpretazione degli articoli 959, 960, vagheggiata dagli avversari che cioè anche colui, il quale trovasi nell' *impossibilità* di cominciare

l' inventario entro i tre mesi dal giorno della aperta successione, decada dal beneficio della eredità beneficiata, nè vale a salvarlo il decreto di proroga ottenuto, prima che spirassero i tre mesi, dal pretore del luogo — sta nel fatto però, che lo inventario dei beni appartenenti alla eredità del barone Salvatore fu COMINCIATO prima che spirassero i tre mesi dal giorno della di lui morte.

Oltremodo agevole ne è la dimostrazione.

E di vero il sedicente erede barone Reforgiato, non contento di aver fatti apporre i suggelli nella casa mortuaria dov' era rinchiuso l' *archivio* e la *contabilità* del defunto, chiese al pretore che fossero anche apposti i suggelli nel casino Magnini. E il pretore, accogliendo siffatta domanda, si recò in contrada *Magnini* il 30 gennaio 1877, per procedere all' apposizione dei suggelli; ma, in vista delle opposizioni fatte dal locatario del fondo, invece di apporre i suggelli, fece la *descrizione minuziosa* ed esatta di tutti gli oggetti, che trovavansi in detto casino affidandone la custodia a un depositario.

Ciò risulta nella maniera più inconcussa dal *verbale* regolarmente compilato lo stesso giorno 30 gennaio, e che si produce in giudizio.

Ora questo verbale, avendone tutti i requisiti, costituisce senza dubbio lo inventario dei beni esistenti nel casino Magnini di proprietà del defunto, poichè contiene, nelle forme di legge e coll' intervento legittimo del magistrato e delle persone interessate, la descrizione degli oggetti ivi trovatisi e la loro consegna ad un depositario. E noti bene la Corte: siffatto verbale equivalente ad inventario porta la data del 30 gennaio 1877; mentre il barone Salvatore, della cui eredità si tratta, era morto il 25 dello stesso mese; vuol dire che venne formato alla distanza di pochi giorni da quello dell' aperta successione.

Gli è questo nella sua integrità il contenuto del verbale per

la parte, che si riferisce alla descrizione dei mobili ivi esistenti:

« Noi sudetto Pretore ec. ec.

« Ritenuto che i mobili esistenti in questa casina ed in quell'altra di Moscherino servono *all'uso del gabelloto* di detti fondi *signor Vecchio,* anzichè apporre i suggelli crediamo misura più prudente far descrizione dei mobili esistenti in detta casa. Ordiniamo perciò di procedere alla *descrizione de' mobili* nonchè dei *prodotti esistenti* nei suindicati fondi.

« In adempimento di quanto sopra, ci siamo anzitutto introdotti coll'intervento delle *parti interessate* in questa casina MAGNINI, dove abbiamo verificato i seguenti oggetti mobili, cioè: — Nella stanza a pianterreno, destinata a cantina di olio numero *quaranta giarre di creta vuote;* numero sei lettiere ad una piazza sfornite di materassi consistenti in dieci tavole di abete tinte verde e dodici cavalletti di ferro; altra lettiera di ferro con tre tavole tinte verde, sfornite di materassi, cinque cuscini, pieni di lana, un lettino con tre tavole, due cavalletti di ferro, due materassi di lana, due cuscini di lana e rispettive coverture, cioè una vecchia cottonata e due vecchie coltri; dodici sedie di zambara, una duscesse, un piccolo specchio, due canterani, un tavolo rotondo da mangiare, due candelieri ed altri pochi oggetti di rottura. Nelle altre stanze a pian terreno aggregate alla casina nulla vi è da descrivere, perchè addette all'abitazione dei castaldi ». Ora non è questo un vero e proprio inventario, o per lo meno un atto legittimo, che *stat pro inventario, et vice fungitur?*

Oltre a ciò è notorio e risulta anche irrefragabilmente dagli atti, che la maggior parte dei beni erano *indivisi* tra i defunti fratelli barone Cucuzzella, di cui l'amministrazione trovavasi affidata a quest' ultimo, che domiciliava ed abitava in Catania nella casa propria, strada Etnea.

Ora la successione di costui venne accettata anche col be-

nefizio dell'inventario dai signori fratelli e sorella Majorana Fiamingo, e l'inventario ebbe principio in Catania il 23 *aprile* 1877, vuol dire prima ancora che fossero spirati i tre mesi dal giorno della successione del barone Salvatore, della cui eredità oggi si tratta. L'inventario adunque dei beni dell'uno, atteso lo stato di *comunione* dei medesimi, costituiva *principio d'inventario,* anche in ordine ai beni componenti l'eredità dell'altro.

Ed ancor più. In questo inventario comune agli estinti fratelli Majorana Cucuzzella del 23 aprile 1877 sta la *descrizione formale di taluni titoli e valori spettanti* in proprio ed esclusivamente al barone Salvatore, i quali vengono affidati in deposito ad un *custode speciale,* il sig. Carmelo Carbone — mentre tutti gli altri beni relativi sia al patrimonio comune, sia di esclusiva pertinenza del comm. Giuseppe rimasero affidati ad altri depositari.

Son questi i termini sacramentali del precitato inventario redatto in Catania con data del 23 aprile 1877 per la parte che ci riguarda.

« Aperti i cassuoli di una *scrivania* così detta *scagno,* si sono rinvenuti:

« *a)* Un certificato di rendita inscritta nel gran libro del debito pubblico del Regno d'Italia portante il N. 45872 sul quale si vede una linea d'inchiostro e sopra si legge il N. 392,382, dato in Palermo 11 settembre 1869 per l'annua rendita di Lire 205 a favore di Majorana Salvatore. — I semestri si vedono pagati sino a quelli del 1 gennaio 1877, per annotazione vi si legge, che della detta rendita lire 204 sono gravate d'ipoteca a favore del demanio, per la cauzione del signor Reforgiato Basso qual ricevitore del registro di Militello.

« *b)* Copia esecutiva di un atto 10 ottobre 1866 rogato notar Vincenzo Iatrini da Militello per compra di un fondo fatta dal barone Salvatore Majorana, da Paolo Ragusa, e Mario Campisi

d' una partita di terre contrada Chiusa territorio di Militello. Quali due titoli appartenenti al signor barone Salvatore Majorana da me notaro di accordo con i comparenti barone Benedetto e cav. Fidenzio, che sono eredi beneficiati di costui, sono stati consegnati al signor Carmelo Carbone del fu Giuseppe, nato e domiciliato a Catania a me notaro e testimonî noto, che è qui presente, il quale ne accetta la custodia ai termini di legge. »

Se di tutto ciò non può farsi menomamente dubbio, è seria ed è anche mediocremente fondata la pretesa degli avversari che i signori Majorana non abbiano dato principio all' inventario entro i tre mesi dal giorno dell' aperta successione? Dica la Corte, nella sua giustizia, se valga la pena di procedere alla valutazione di argomenti ulteriori della causa, quando queste appunto sono le circostanze culminanti che servono a derimere in tutta la sua pienezza il nodo della controversia. Ed ecco così la prova luminosa, che l' inventario nel fatto ebbe principio in tempo utile, prima cioè che spirassero i termini dal dì dell' aperta successione.

Ora, quando l' inventario dei beni già esiste, non è d' uopo cercare per iniziativa di chi e per quale ragione sia stato fatto: esso basta agli effetti della legge. Sopra tale assunto può dirsi oltremodo pacifica la dottrina degli scrittori. Scrive in proposito, con la sua autorità, il Demolombe *(Cours de code civile,* vol. VII, n. 138): « S'il existait un inventaire regulier et recent qui aurait été fait, soit à la requête d'un héritier qui aurait renoncé, ou d'un curateur à la succession vacante, ou même d' un simple HÉRITIER APPARENT, soit par le *de cujus* lui-même, l' héritier qui voudrait accepter bénéficiairemente pourrait se bornere à faire dresser un procés-verbal de reculement » (LEBRUN. Liv. II, Ch. IV, n. 11; CHABOT, art. 794, n. 2; ZACHARIAE, AUBRY ET RAU, t. V, p. 158; MASSÈ VERGÈ, t. II, p. 311; TOULLIER, tom. III, pag. 553; TAMBOUR p. 230-231).

Con maggiore efficacia e con non minore autorità soggiunge il Laurent: « La lois exige un inventaire fidèle et exact; si le premier inventaire est recent et complet, ce serait faire de frais inutiles que de procéder à un nouvelle inventaire; on peut se contenter d' un proces-verbal de rèculement. » (V. IX, n. 384).

Ed è vano l' obbiettare, che nella dimanda avanzata al pretore dai signori Majorana il 19 aprile 1877 non si fece menzione del cominciamento dell' inventario; perchè la proroga del termine si chiedeva in vista di ciò che non si poteva fare per l' ostacolo dei suggelli, non in vista di ciò che erasi già fatto e che il pretore sapeva di essersi fatto una volta che la descrizione dei mobili esistenti nel casino Magnini ebbe luogo alla sua presenza, e col suo intervento.

Nè d' altro canto la dimanda potea contenere menzione di quel che dovea farsi; perchè la descrizione dei valori e titoli di pertinenza del barone Salvatore, che trovavansi in potere del comm. Giuseppe, ebbe luogo in Catania il 23 aprile, vuol dire 4 giorni dopo che fu presentata al pretore di Militello la dimanda del 19 aprile. Non potea quindi il 19 aprile *divinarsi* il fatto ancor da succedere il 23.

Epperò gli arzigogoli e le sofisticherie non approdano a nulla quando sta di contro l' eloquenza dei fatti. Or se dai fatti risulta nella maniera più inconcussa ed irrefragabile, che l' inventario del barone Salvatore ebbe di fatti cominciamento nella parte in cui il cominciarlo era possibile, non è assurdo e più che assurdo iniquo il pretendere, che l' inventario non siasi cominciato in tempo utile?

Cosa avrebbero potuto fare di più i fratelli Majorana se la descrizione dei mobili esistenti nel casino Magnini ebbe luogo alla presenza e coll' intervento del pretore; e se i titoli e valori di pertinenza esclusiva del barone Salvatore, trovatisi nella casa

mortuaria del commendatore Giuseppe, vennero regolarmente descritti nell'inventario di Catania ed affidati scrupolosamente in deposito ad un custode speciale?

Che importa se il pretore di Militello non abbia fatto menzione nel suo decreto di proroga del cominciato inventario, quando sta il fatto che l'inventario erasi realmente cominciato colla descrizione degli oggetti esistenti nel casino Magnini, e che fu realmente continuato colla descrizione dei titoli e valori trovatisi nella casa mortuaria del comm. Giuseppe?

Quel che importa soltanto si è che l'inventario siasi cominciato prima dello spirar dei tre mesi dal giorno dell'aperta successione, e che pure entro i tre mesi siasi ottenuto dal pretore il decreto di proroga per la formazione dell'inventario. Il concorso di queste due condizioni e non altro esige tassativamente l'art. 959; e queste due condizioni nella specie concorrono mirabilmente nella maniera più ineluttabile.

E poi il successivo art. 960 incalza che « l'erede s'intende abbia accettato puramente e semplicemente l'eredità ove abbia nei tre mesi *cominciato* l'inventario, e non l'abbia compito nel termine medesimo od in quello avesse ottenuto la *proroga.* »

Ora nella specie si ha:

a) che l'inventario fu cominciato prima dello spirare dei tre mesi dal dì dell'aperta successione;

b) che l'inventario fu compiuto scrupolosamente entro il termine prorogato dal magistrato competente. Qual'è dunque la ragione per cui i signori Majorana debbono dirsi *decaduti* dal beneficio dell'inventario?

Il comodo forse di Rosso Tedeschi e di qualch'altro creditore, e la soddisfazione di un senso, certamente non nobile, di vendetta e di persecuzione che i medesimi vogliono esercitare contro i signori Majorana? Oh! a questo risponderà nella sua giu-

stizia la Corte eccellentissima che *malitiis non est indulgendum.*

La legge richiede soltanto per non incorrere nella decadenza, che l' erede cominci l' inventario entro i tre mesi, e che anche pria dello spirare di essi chieda ed ottenga la proroga del termine dal pretore. Quando queste due condizioni concorrono, egli conserva inoppugnabilmente la sua qualità di erede beneficato, nè può dirsi decaduto avendo osservato i precetti della legge.

Ora i signori Majorana si trovano di essersi conformati scrupolosamente ai precetti della legge. Di qual colpa, dunque, e di quale inadempimento dovrebbe esserne pena la famosa decadenza che s' invoca così allegramente dai creditori? *Magna negligentia culpa est* (fr. 216, Dig., *De verb. signif.)* E i signori Majorana per converso sono stati diligentissimi e scrupolosissimi, fuori ogni credere, nella stretta osservanza delle disposizioni legislative.

Ma inoltre, se per avventura, lo che non si teme, possa rimanere qualche ombra di dubbio nell' animo del magistrato, si sa già che siffatto dubbio, trattandosi di decadenza, dovrà essere risoluto a beneficio di coloro che ne sono minacciati: *odia restringenda favores amplianda, semper in dubiis benigniora praeferenda sunt.* (Ulp. fr. 26, *De reg. jur.)*

E se occorrono ancora altre prove per dimostrare come i fratelli Majorana sono stati osservantissimi e scrupolosissimi nell' adempimento degli obblighi di legge, se ne ha una, ch' è tale da porre il suggello a quelle finora allegate: essa consiste nella prima istanza del 19 aprile 1877 con cui i signori Majorana chiesero al pretore di Militello la proroga del termine e la nomina di un notajo per redigere l' inventario, del tenore seguente, che amiamo trascrivere in tutta la sua integrità;

« A S. S. Ill. il sig. pretore del mandamento di Militello. Il cav. Fidenzio Majorana tanto nel proprio nome che qual commissionato del di lui fratello bar. Benedetto Majorana quali figli

adottivi del fu bar. signor Salvatore Majorana domiciliati e residenti in Catania espongono:

« Che alla morte di detto loro padre adottivo piacque al bar. Vincenzo Reforgiato spacciarsi successibile alla detta eredità e, richiesto da lei signore analogo decreto, fece apporre illegittimamente i sigilli nella casa mortuaria malgrado le opposizioni fatte dagli esponenti, e ne venne dinanzi il Tribunale di Caltagirone il giudizio di nullità.

« Impertanto essendo in corso detto giudizio e non potendosi perciò procedere alla confezione dell'inventario giusta la qualifica degli esponenti assunta di eredi beneficiati; è perciò che la pregano affinchè le piaccia accordare loro un termine di proroga per lo meno di mesi sei augurandosi che in tal termine sia definito detto giudizio, come altresì la pregano NOMINARE un NOTAJO di questa per la redazione di detto inventario.

« Militello 19 aprile 1877.

« FIDENZIO MAJORANA. »

Questa dimanda è tale da costituire di per sè principio d'inventario, poichè in essa si chiede al pretore la nomina di un notajo, condizione preliminare per dar cominciamento all'inventario, senza di cui la redazione del medesimo è affatto impossibile. Che colpa ci hanno i signori Majorana, se il pretore del luogo, pur riconoscendo la loro impossibilità, per causa dei suggelli, a redigere l'inventario, mentre accordava la proroga richiestagli del termine, siasi riservato di nominare il notajo dopochè, in seguito a sentenza del magistrato competente, sarebbe stata ordinata la rimozione dei suggelli?

« Attesocchè (disse il pretore) per l'apposizione dei sigilli stessi furono IMPOSSIBILITATI i ricorrenti far confezionare l'inventario nel termine di legge. Visto l'articolo 959 codice civile.

« Prorogando il termine accordiamo ai ricorrenti suddetti altri tre mesi, decorrendi dalla scadenza del termine di legge, salvo a provvedere sulla nomina del notaro quando sarà ordinata la remozione dei sigilli, su cui pende ancora giudizio. »

Senza la nomina del notajo e prima che il notajo fosse nominato non potevano i signori Majorana procedere alla formazione dell' inventario, mentre d' altro canto l' istanza diretta al Pretore per la nomina del notajo è tal fatto che costituisce da solo cominciamento dell' inventario, il solo fatto fondamentale anzi che ne rende possibile l' esistenza.

Se è vero ed inconcusso il principio che *unicuique sua culpa nocet,* nessun danno, per principio assoluto di giustizia, debbono trarre i signori Majorana da un fatto il quale, anzichè a loro colpa, deve riferirsi unicamente a colpa del pretore. I signori Majorana fecero tutto quanto era in loro potere per dar cominciamento all' inventario, e se non poterono procedere oltre alla formazione del medesimo per mancanza della nomina del notajo, non sono essi che debbono rispondere di un fatto loro non imputabile. *Non debet alteri, per alterum iniqua conditio inferri.*

Ma infine a qual pro i creditori si fanno ad invocare con tanto accanimento la pena della decadenza contro i signori Majorana? Tratterebbesi mai di dolo, di sottrazioni, di trafugamenti dai medesimi operati in danno dei creditori?

In tal caso potrebbero chiedere la decadenza del beneficio dell' inventario per virtù degli art. 973, 974. I creditori non accusano menomamente di nulla riguardo a ciò i signori Majorana; e sì, che collo spirito di vessazione e di persecuzione onde sono animati, avrebbero messo tutto sossopra, se per mala ventura si fosse commessa la minima indiscrezione dai signori Majorana profittando di una parte qualsiasi dei beni ereditarii.

Solo in tal caso potrebbe dirsi *culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti* (fr. 36; Dig., *De reg. jur.)*

Dunque è soltanto per malevolenza, che i creditori vogliono infierire contro i signori Majorana, i quali *pugnant de danno evitando,* confortati solo dalla fiducia che vorrà sorreggerli in questa lotta spietata la tutela dei magistrati. I creditori invece con piena mala fede *pugnant de lucro captando,* ed invocano a complice della loro immoderata pretesa il potere dei magistrati. Ma siffatta pretesa è troppo iniqua, è troppo immorale, perchè non trovi facile ascolto innanzi alla giustizia di questa Eccellentissima Corte di Cassazione.

CONCLUSIONE

Ora che siamo giunti alla méta, ci accorgiamo di avere varcato il termine, che c'eravamo prefisso nel dar cominciamento al modesto nostro lavoro. Ma, l'importanza della causa, i gravi errori e le sottili accuse accumulati dall'avversario, e più ancora il rispetto verso l'autorità della Sezione civile di questo Supremo Collegio, da cui, per necessità superiore di cose, abbiamo dovuto dissentire, c'imponeano l'obbligo preciso di discutere con la maggiore larghezza e diligenza possibile gli argomenti tolti a trattare nel presente lavoro.

Abbiamo quindi fiducia, che la Ecc.ma Corte di Cassazione vorrà esserci generosa del suo compatimento.

Ma una fiducia ben più alta abbiamo altresì, fiducia che ci ha profondamente ispirato il *lungo studio* e il *grande amore* posto in questa causa: quella, cioè, che il Supremo Collegio vorrà, nella sua sapienza, rigettare l'avversario ricorso, dando ai fratelli Majorana un'esemplare riparazione di giustizia, cui sentono di aver diritto.

Roma 20 luglio 1889.

III

Sulla prescrizione degli interessi moratorii.

Memoria legale in favore dei coniugi Spedalieri-Grisley
contro Duchessa di Cesarò e di Reitano.
(Tribunale Civile di Roma)

ARGOMENTO

La presente causa, su cui è chiamato a decidere il Tribunale di Roma, è semplice nei suoi elementi di fatto, certa nelle sue conseguenze di dritto: se non che viene a complicarsi in modo singolare per le molteplici ed ingegnose opposizioni sollevate dalla parte avversa; le quali, appunto perchè non traggono la loro causa intima giustificatrice dalle viscere stesse della causa, servono a sviare i giusti criterii, a spostare le logiche conclusioni, a spargere il dubbio sopra i più saldi principii di Dritto e di Equità, la cui forza evidente dovrebbe imporsi anche ai più schivi. E tali opposizioni della parte avversa, che ora vengono sottoposte alla giustizia del Tribunale, non sono che il compendio di una serie di accorgimenti, di astuzie e di sotterfugii che da quasi un secolo, con vece incessante, e con progressivo accanimento ereditario, si sono esercitati dai debitori per sottrarsi al pagamento di un debito suggellato da solenne giudicato del 13 aprile 1844, dopo ben quindici anni di litigio, ma che rimonta al 1796.

I precetti si sono succeduti ai precetti, le notificazioni alle notificazioni; e i debitori, sia che tacessero, sia che parlassero, sia che agissero, sia che no, sono stati sempre persistenti, mal-

grado fossero mutati gl' individui per tre generazioni di seguito, nell' intento di rendere frustranea l' autorità del giudicato, illusorio un dritto certo e incontrastabile del creditore. Dirà ora il Tribunale se sia degna di plauso siffatta condotta; e se debbano rimanere lettera morta le sentenze dei magistrati: noi abbiamo piena fiducia nella sua consueta sapienza e giustizia, e passiamo, senz' altro, ad esporre il

FATTO

Con sentenza del 13 aprile 1844, emessa dal Tribunale Civile di Palermo, prima Camera, passata in giudicato, i signori D. Giovanni Antonio Colonna Filangieri, Duca di Cesarò, D. Eleonora e D. Vittoria Colonna Filangieri venivano condannati quali eredi beneficiati del di loro padre Don Calogero Colonna Requisens, ed in tale qualità quali eredi beneficiati e debitori della loro ava D. Eleonora Colonna Requisens, a pagare alla signora Angela Minissale, quale erede del di lei padre Don Vincenzo Minissale e nella di costui rappresentanza quale erede del di lei avo Don Francesco Minissale, la somma di onze seicento pari a L. 7650,00, come capitale derivante da un antico mutuo del 1796, (oltre agl' interessi legali dal giorno della dimanda sino a quello dell' effettivo pagamento) fatto dal signor Don Francesco Minissale alla signora D. Eleonora Requisens Marchesa di Fiumedinisi, tanto nel nome proprio, che nella qualità di tutrice ed amministratrice del di lei figlio Don Calogero Colonna Requisens, Duca di Cesarò.

Tale sentenza, spedita in forma esecutiva li 11 di giugno 1844, veniva intimata, con precetto di pagare il capitale, gl' in-

teressi scaduti dal giorno della dimanda, le spese di condanna e le altre successive di notificazione, alla Sig. D. Eleonora Colonna Filangieri in Palermo il giorno 23 luglio 1844; al Sig. D. Giovanni Antonio Colonna Filangieri, Duca di Cesarò, in Messina, il giorno 16 agosto 1844; alla Signora D. Vittoria Colonna Filangieri in Girgenti il giorno 28 agosto 1844.

Siffatto precetto fu ripetuto ai Signori D. Giovanni Antonio Colonna Filangieri, Duca di Cesarò e D. Eleonora Colonna Filangieri, il giorno 12 luglio 1849 in Palermo, ed alla Signora D. Vittoria Colonna Filangieri il giorno dopo in Girgenti, non pure per le somme indicate nell' anteriore precetto, ma per gl' interessi altresì scaduti e le spese sostenute fino a quel giorno.

Il 16 marzo 1852, in virtù di atto pubblico stipulato presso notar Salvatore Domenico Bruno da Palermo, le sorelle Donna Eleonora e D. Vittoria Colonna Filangieri fanno piena ed intera cessione di tutti i dritti ed azioni che loro sarebbero spettati sulla eredità del padre defunto D. Calogero Colonna Requisens, come eziandio di tutti gli obblighi cui in conseguenza della medesima sarebbero tenuti, al fratello D. Giovanni Antonio Colonna Filangieri, Duca di Cesarò, che accetta, divenendo così egli solo l' erede beneficiato di tutto l' asse paterno.

Il 4 luglio 1854 si fa un terzo precetto di pagamento a quest' ultimo, nella sua qualità di erede beneficiato del padre e di cessionario delle sorelle, tanto per le somme menzionate negli anteriori precetti, quanto per le spese posteriori e gl' interessi sino a quel giorno scaduti.

Il 25 gennaio 1872 muore in Bronte la Signora Angela Minissale, lasciando erede universale, come per testamento pubblico del 13 settembre 1871, presso notar Luigi Pace da Bronte, la di lei figlia unica Cecilia Spedalieri Minissale.

Quest' ultima, insieme al di lei marito Signor Guglielmo

Grisley intervenuto per autorizzarla, faceva notificare, per mezzo dell' usciere Petini in Palermo il giorno 28 luglio 1874, al Sig. Francesco Colonna Di Gregorio Duca di Reitano, qual figlio ed erede beneficiato del di lei padre D. Giovanni Antonio Colonna Filangieri, la sentenza spedita in forma esecutiva e passata in giudicato del 13 aprile 1844, emessa dal Tribunale Civile di Palermo, e l' atto di successione del 16 marzo 1852 concluso tra le sorelle signora Donna Eleonora e D. Vittoria Colonna Filangieri ed il fratello D. Giovanni Antonio Colonna Filangieri, Duca di Cesarò. Eguale notificazione fu fatta in Roma il giorno 5 settembre dello stesso anno, ad istanza dei medesimi coniugi Spedalieri e Grisley, per ministero dell' usciere Garbarino, al Sig. Calogero Gabriele Colonna di Gregorio, Duca di Cesarò.

Il giorno 31 dicembre 1874, ad istanza sempre dei coniugi Spedalieri-Grisley, fu fatto intimare in Palermo precetto immobiliare al Sig. Francesco Colonna di Gregorio Duca di Reitano, ed il 19 gennaio 1875 in Roma al Sig. Calogero Gabriele Colonna Di Gregorio Duca di Cesarò, per capitale, spese ed interessi sin allora maturati.

Essendo morti quindi i predetti due fratelli Colonna Di Gregorio, Calogero Gabriele e Francesco, furono notificati, in Roma il giorno 18 agosto 1879 alla Signora Emmelina Sonnino, vedova del Sig. Calogero Gabriele Colonna Di Gregorio, Duca di Cesarò, qual coniuge superstite e madre amministratrice del di costui unico figlio minore Giovanni Antonio; ed in Palermo il 3 novembre dello stesso anno alla Signora Caterina Cammarota, vedova del Sig. Francesco Colonna Di Gregorio, Duca di Reitano, anche nella sua qualità di coniuge superstite e madre amministratrice del di costui unico figlio minore Giovanni Antonio, la sentenza esecutiva 13 aprile 1844, passata in giudicato, del Tribunale Civile di Palermo, e l' atto di cessione del 16 marzo 1852.

Finalmente il 5 maggio 1880 fu fatto precetto mobiliare in Roma, per mezzo dell' usciere Pietro Reggiani alla Signora Emmelina Sonnino, Duchessa di Cesarò nei nomi sopra spiegati, pel pagamento di L. 26,562.32: capitale, spese ed interessi maturati sino al giorno dell' intimazione; ed in Palermo alla Signora Caterina Cammarota, Duchessa di Reitano, anche nei nomi, per ministero dell' usciere Gaetano Benunti il giorno 20 dello stesso mese ed anno, per le medesime somme.

Contro tali precetti fecero opposizione le signore Sonnino e Cammarota, la prima il 21 maggio, per l' usciere Giulio Berti, con citazione a comparire pel giorno 4 giugno scorso dinanzi a questo Tribunale civile di Roma; la seconda il giorno 26 maggio per l' usciere Giuseppe Polipi, con citazione a comparire pel giorno 28 giugno dinanzi al Tribunale civile di Palermo.

Dopo varii differimenti, portata la causa all' udienza innanti il Tribunale civile di Palermo, seconda sezione promiscua, il giorno 23 agosto ultimo, fu dal procuratore dei signori coniugi Spedalieri Grisley, sollevata anzitutto nella sua comparsa conclusionale l' eccezione d' incompetenza per successione di causa; e chiesto che il medesimo, dichiarandosi incompetente a giudicare delle opposizioni, rinviasse le parti dinanzi a questo Tribunale civile di Roma, prima adìto. A siffatta dimanda, anzichè opporsi, si uniformò nelle sue conclusioni il procuratore della parte avversa. Il Tribunale civile di Palermo accolse cotesta eccezione, e con sentenza pronunziata il 30 agosto, pubblicata il giorno stesso, dichiarò la sua incompetenza a provvedere sulle opposizioni. Tale sentenza fu notificata alla signora Caterina Cammarota duchessa di Reitano nei nomi, per l' usciere Pietro Vinini in Palermo il giorno 16 settembre ultimo, insieme ad atto di citazione a comparire dello stesso giorno, dinanzi a questo Tribunale civile nell' udienza del 13 ottobre 1880.

Essendo pienamente identiche, così nella forma come nella sostanza, le opposizioni della signora Sonnino, duchessa di Cesarò, e quelle della signora Cammarota, duchessa di Reitano, contro il precetto mobiliare loro intimato ad istanza dei coniugi Spedalieri Grisley, nostri difesi, non resta che riassumerne i motivi, perchè ci sia agevole confutarli acconciamente. E i motivi delle opposizioni contrarie son questi.

1. La signora Spedalieri - Minissale non ha giustificato la sua qualità di erede della signora Angela Minissale, a cui favore fu resa la sentenza che s' intende eseguire; ed il precetto è nullo per non essersi esattamente specificata la condizione giuridica delle persone contro cui intendonsi esercitare gli atti di esecuzione;

2. L' azione nascente dalla sentenza del 1844 trovasi colpita dalla prescrizione trentennale;

3. Il credito dei coniugi Spedalieri Grisley non esiste; e, quand' anche sussistesse, trovasi già estinto; e si chiede all' uopo l' interrogatorio dei medesimi;

4. Più subordinatamente gl' interessi, scaduti oltre i cinque anni dal dì dell' attuale precetto, trovansi già colpiti dalla prescrizione quinquennale;

5. In ogni caso le opponenti, tanto nella loro qualità di coniugi superstiti che di madri amministratrici dei loro figli minori, se a qualcosa son tenute, nol sono personalmente; ma nella rappresentanza dell' eredità beneficiata dei rispettivi mariti premorti, Calogero Gabriele e Francesco Colonna di Gregorio, i quali alla loro volta furono eredi beneficiati del loro padre Giovanni Antonio Colonna Filangieri, e questi lo fu egualmente del padre Calogero Gabriele Colonna Requisens, anche erede beneficiato della signora Eleonora Requisens marchesa di Fiumidinisi originaria debitrice.

DIRITTO

I

Qualità della Signora Spedalieri-Minissale

Ci sorprende anzitutto l'ingenuità onde la parte avversa, col primo motivo delle opposizioni, si fa ad affermare che la signora Cecilia Spedalieri-Minissale non ha giustificato la sua qualità di erede della signora Angela Minissale, a cui favore fu resa la sentenza del 1844, che oggi vuol mettersi in esecuzione. Rilegga bene il precetto, e troverà nel bel principio di esso queste sacramentali parole:

« Ad istanza della signora Cecilia Spedalieri-Minissale figlia del signor Nicolò, e *della estinta Angela Maria Minissale, quale unica figlia ed erede universale della stessa, come da di costei testamento pubblico del 13 settembre 1871 rogato dal notaro Luigi Pace da Bronte* ecc. ».

O che non si sia accorta di queste parole, per troppa smania di lanciare anàtemi contro l'ardita precettante; o che non le abbia riputate sufficienti, perchè troppo eloquenti; il Tribunale dirá se esse ci siano, e se bastino a giustificare la qualità giuridica della signora Cecilia Spedalieri Minissale, e darle il diritto di turbare il profondo sonno secolare dei pacifici debitori, forti delle volontà di non voler pagare ad ogni costo!

Per quel che vale noi si allegano il testamento sopracitato a pag. 63, e l'atto di morte della signora Angela Maria Minissale a pag. 65 del fascicolo dei documenti presentati in giudizio.

II

Validità del precetto

Nè meno strana è la pretesa di nullità fulminata al precetto per non aver dato la qualificazione di eredi beneficiati dei loro genitori ai figli minori degli estinti signori Calogero Gabriele e Francesco Colonna Di-Gregorio, amministrati e rappresentati dalle rispettive madri signora Sonnino e Cammarota; i quali defunti fratelli Colonna Di Gregorio furono anch' essi alla loro volta eredi beneficiati del proprio padre Giovanni Antonio Colonna Filangieri, e così gradatamente e non interrottamente, di generazione in generazione, tutti sino allo stipite originario.

Dove stia questa sanzione di nullità nella legge, i signori opponenti nol dicono punto; nè a noi, malgrado le più accurate indagini, è riuscito di trovarla. L' avranno, nel silenzio della legge, fabbricato di loro autorità; e così dev' essere senza dubbio! La legge, difatti, parlando della citazione nell' Art. 145 N. 2 del Codice di Procedura Civile, dice soltanto ch' essa è nulla: « *quando vi sia incertezza assoluta sulle persone:* » nessuna altra nullità, che riferiscasi alle parti contendenti, vien comminata dalla legge. Ed è naturale, perchè se la parte, che agisce in giudizio per la esecuzione di un giudicato, non sa o finge di non sapere la vera qualità giuridica della persona contro cui agisce, è in facoltà di quest' ultima correggerne l' errore; e il magistrato, quando troverà conforme al vero siffatto emendamento, dichiarerà contestata la lite tra le parti in una anzichè in un' altra qualità giuridica, e con tale qualità, se vi sia luogo, pronunzierà la condanna; ovvero, trattandosi, come nella specie, di giudicato precedente, dichiarerà ch' esso debba eseguirsi contro

la parte soccombente, in una anzichè in un' altra qualità, in uno anzichè in un altro nome. Sta appunto in questo l' ufficio eminente del magistrato. Ma di nullità la legge non parla, e quando essa tace non è dato alle parti foggiarla di loro arbitrio. Ed è la legge stessa che lo dice: « Non può pronunziarsi la nullità di alcun atto di citazione o di altro atto di procedura, se la nullità non sia dichiarata dalla legge ». Art. 56 Cod. di Proc. Civ. — Ma la legge queste sanzioni di nullità non le stabilisce che in casi estremi, quando cioè, non si adempiono certe condizioni dalla medesima stabilite nel fine di assicurare l' eguaglianza di trattamento e il più ampio diritto di difesa alle parti contendenti, di evitare le sorprese e garantire la sincerità degli atti di procedura e dei giudicati.

Ora nella specie nessuno di questi casi può dirsi che sia avvenuto. L' istante fece intimare il suo precetto alle signore Sonnino e Cammarota « quali madri ed amministratrici dei figli minori dei defunti fratelli Colonna Di-Gregorio, Calogero Gabriele e Francesco »; le opponenti affermano, ch' essi minori sono eredi beneficiati dei rispettivi genitori. Tanto meglio! lo provino, e, quando il Tribunale troverá giustificata questa loro qualità, saranno proseguiti gli atti di esecuzione in tal nome. Appunto perciò la legge accorda loro il diritto di opporsi al precetto; per far correggere cioè se vi siano errori nel medesimo. E, allorchè la parte precettata fa opposizione, siamo nel vero campo della *contestazione della lite;* por cui l' una parte afferma, l' altra nega o modifica le affermazioni della parte istante. E così s' impegna la lotta giudiziaria, che trae sua forza ed alimento dalle opposte pretensioni delle parti, le quali si svolgono mediante le *exceptiones,* le *replicationes,* le *duplicationes,* le *triplicationes* ecc., dal cui complesso risulta la contestazione della lite. (Fr. 1 e 22 Dig., *De except. praescript.* XLIV, 1; VOET *Ad* PAND. Lib.

V, tit. 1, N. 144; Cassaz. Firenze 20 novembre 1873, 10 dicembre 1877. — *Annali di Giurisprudenza* 1873, P. 1, Sez. 1, pag. 477; e 1878, P. 1 Sez. 1 pag. 609).

Ma l' eccezione opposta dal convenuto, nel fine di attribuirsi una qualità diversa da quella attribuitagli dall' attore, quand' anche sarà pienamente giustificata in giudizio, non è tale che renderà nullo l' atto del procedimento, ma potrà soltanto avere la forza, secondo i casi, o di sottrarlo interamente all' efficacia dell' azione, o di farlo condannare in una anzichè in un' altra qualità giuridica. *Exceptio,* (sentenzia Ulpiano) *est quasi quaedam exclusio quae apponi actioni cujusque rei solet, ad excludendum id quod in intentionem condemnationemque deductum est.* (Fr. 2. princ., Dig.; *De except. praescript.* XLIV, 1.)

Riassumendo quindi: perché un atto qualsiasi di procedura sia nullo, è mestieri o che la nullità sia pronunziata espressamente dalla legge, o che manchi in esso taluno degli elementi che ne costituiscono l' essenza (Art. 56 Cod. di Proc. Civ.); ma l' eccezione in merito contro di esso non può, secondo i casi, che o isterilire o modificare l' efficacia giuridica dell' azione, salva sempre la validità dell' atto di procedura. La pretesa nullità adunque invocata dalle opponenti, non pure non è in nessun luogo accennata dalla legge; ma è smentita altresì dall' insegnamento unanime della dottrina e della giurisprudenza.

III.

La prescrizione trentennale non esiste

Destituita poi di qualunque valore giuridico è la prescrizione trentennale, invocata nel secondo capo delle opposizioni contro l' azione nascente dal credito dei coniugi signori Spadalieri-Minissale e Grisley. Ci basta citare semplicemente le date per

mostrare l'assoluta insussistenza di siffatta eccezione! E le date son queste.

La sentenza di condanna pronunziata dal Tribunale Civile di Palermo il 13 aprile 1844 fu notificata con precetto di pagamento, alle parti convenute in causa, signora Eleonora Colonna il giorno 23 luglio 1844, signor Giovanni Antonio Colonna il giorno 16 agosto 1844, signora Vittoria Colonna il 28 agosto 1844. — Il precetto di pagamento fu rinnovato il giorno 12 luglio 1849 contro D. Giovanni Antonio e D. Eleonora Colonna, e contro D. Vittoria Colonna il 13 luglio dello stesso anno. Il giorno 4 luglio 1854, fu fatto ed intimato un terzo precetto di pagamento contro il sig. Don Giovanni Antonio Colonna quale erede beneficiato del padre, già convenuto e condannato nella sentenza del 13 aprile 1844, e cessionario dei diritti sull'eredità beneficiata del medesimo delle sorelle D. Vittoria e D. Eleonora, giusta l'atto di cessione del 16 marzo 1852. Dopo quest'atto di precetto del 4 luglio 1854 ricominciarono gli atti interruttivi della prescrizione, colla notificazione della sentenza di condanna del 1844 e dell'atto di cessione del 1852, ai signori Francesco Colonna Di Gregorio, Duca di Reitano e Calogero Gabriele Colonna di Gregorio, Duca di Cesarò figli ed eredi del defunto Don Giovanni Antonio Colonna Filangieri, nel luglio e settembre 1874 seguita da precetto immobiliare contro il primo del 31 dicembre 1874, e contro il secondo del 19 gennaio 1875. A questi atti fece sèguito, prima la notificazione della sopraddetta sentenza di condanna del 1844 e della cessione del 1852 alla signora Sonnino nei nomi il 18 agosto 1879, ed alla signora Cammarota nei nomi il 3 novembre 1879; e quindi l'atto di precetto intimato alla prima il giorno 5 maggio 1880; ed alla seconda il giorno 20 dello stesso mese ed anno, precetto cui furono fatte le opposizioni delle quali deve ora decidere questo Tribunale.

Sfidiamo gli avversarii, se, di fronte all'eloquenza di queste date, possono affermare che siano corsi 30 anni liberi per poter invocare con successo la eccepita prescrizione. Risulta invece che, appena 20 anni sono corsi dall'ultimo precetto del 1854 alla prima notificazione del 1874. E allora la vagheggiata prescrizione trentennale dove la fondano?

Nè si dica, che il precetto, quando non è seguito da atti di esecuzione nel termine stabilito dalla legge, cade in perenzione e perde la sua efficacia anche come atto interruttivo della prescrizione. Imperocchè primieramente il precetto, essendo un atto stragiudiziale non è soggetto a perenzione. Ed in secondo luogo l'art. 566 del Codice di Procedura Civile dichiara solennemente, che il precetto, trascorsi centottanta giorni, diviene *inefficace* soltanto come atto di esecuzione; mentre d'altra parte, dopochè l'articolo 2125 del Codice Civile ha noverato il precetto tra gli atti interruttivi della prescrizione, il successivo articolo 2128, parlando dei casi in cui si ha come non interrotta la prescrizione, parla solo della perenzione della dimanda — Segno evidentissimo questo, che il precetto conserva tutta la sua efficacia come atto interruttivo della prescrizione; malgrado l'abbia perduta come atto di esecuzione.

« Le commandement, scrive bellamente il Laurent, ne peut pas se *périmer,* puisque il ne consiste pas dans une série d'actes qui ce continuent pendant toute la durée du procés. Il s'agit d'un seul et même acte qui produit son effet du moment, où il est signifié à celui que l'on veut empêcher de prescrire ». (Laurent, *Principes de Droit Civil français,* vol. XXXII, n. 165). E con maggiore energia il Troplong: « Le commandement, a, comme moyen interruptif, une puissance qui n'ont pas une istance et une assignation en justice. La péremption d'istance rend ces derniers actes inutiles, et éfface l'interruption. Au contraire, le

commandement ne tombe pas en péremption; il n' est sujet qu' à la prescription. La raison en est que les actes judiciaires ou procédures tombent seuls en péremtion, tandis que les actes *extrajudiciaires* ne périssent que par la *prescription* ». (TROPLONG, *Prescription,* n. 575; confr. POTHIER Oblig. 662; MERLIN Rép. *Commandement,* n. 18; CARRÉ all' art. 673 del Codice di Proc. Civ; PISANELLI, SCIALOJA E MANCINI, *Comm. Cod. Sardo,* V. p. 1, n. 862; BORSARI, *Comm. Proc. Civ.,* vol. II, p. 19; GARGIULO, *Comm. Proc. Civ.,* vol. II, pag. 84).

Su ciò del resto si è manifestata perfettamente concorde la giurisprudenza delle nostre Supreme Corti di Cassazione, da questa di Roma a quella di Palermo; giurisprudenza, che avremo agio di citare in séguito, per sostenere un altro assunto. Prescrizione trentennale, dunque, non esiste.

IV.

È falsa la pretesa estinzione del debito

Strana poi la estinzione del credito che si ha il poco pudore di eccepire col terzo capo delle opposizioni. Scrupolosa veramente sempre, per istinto e virtù ereditaria, la famiglia Colonna, *stirpem, genus omne futurum; et nati natorum, et qui nascentur ab illis* — si chiami essa, nel succedersi delle generazioni, Colonna Requisens, Colonna Filangieri, Colonna Di-Gregorio, Colonna Cammarota e Sonnino — nel fare onore ai propri debiti, nell' ubbidire alla parola dei magistrati che impone di soddisfarli! Ma quando, come, dove è avvenuta, in tutto o in parte, siffatta estinzione del loro debito? Fuori i documenti e le quietanze: non si desidera niente di meglio dai signori Spedalieri-Grisley!

È quasi un secolo, (tanti anni sono corsi dal 1796 sin oggi)

che l'autrice dei signori Colonna, D. Eleonora Requisens, Marchesa di Fiumidinisi, prese in mutuo dall'autore dei coniugi signori Spedalieri-Minissale e Grisley, D. Francesco Minissale; e da quell'epoca, meno il primo anno d'interessi, non si è percepito un centesimo nè di capitale, ne d'interessi. Inutili le trattative bonarie, inutili le amichevoli insistenze, si dovette ricorrere al magistrato nel 1830: questo, dopo 15 anni di litigio, pronunziò sentenza di condanna contro i signori Colonna nel 1844. Ma i signori Colonna non si diedero per intesi. Indi una serie di notificazioni e di precetti, per costringerli al pagamento; ma sempre invano. E si torna di nuovo innanzi al cospetto del Magistrato! Ma il Magistrato dirà, colla solennità della sua parola, se sia oramai tempo che finisca siffatta commedia, se debba serbarsi intera la fede dei contratti, e se debba prestarsi obbedïenza all'autorità dei giudicati.

E si ha persino la singolare impudenza di chiedere l'interrogatorio dei precettanti! Ma cosa, di grazia, vorrebbero sentire dalla loro bocca? Di che vorrebbero interrogarli? Ce lo facciano sapere almeno. Che l'abbiano pagato? Ma quando, dove, come? Persone veramente ingenue i signori opponenti! non rifuggono da nessun mezzo pur di stancare la virtù dei precettanti; di creare, per dritto e per traverso, ostacoli all'esecuzione — lietissimi se potranno trasmettere ai più lontani nepoti questo bel retaggio, ereditato dai primi progenitori! Ma il Tribunale, ne siamo certi, farà giustizia di così lodevole condotta.

V.

Gl' interessi moratorii si prescrivono in trent' anni

Col quarto capo delle opposizioni si chiede dalle parti avverse che, anche ammessa l'*esistenza del credito di sorte*

principale, la somma dei relativi interessi dovrebbe ridursi alle sole annualità non colpite dalla prescrizione quinquennale.

Ma è egli mai vero che gl'interessi moratorii, aggiudicati per sentenza del magistrato, vadano soggetti alla prescrizione quinquennale? Ci oda il Tribunale. Qui più che altrove abbiamo bisogno della sua benigna attenzione; e siano sicuri, nella sua sapienza, troverà non meno infondata delle altre precedentemente svolte, questa che può dirsi tutta un'eccezione di dritto. E il nostro ragionamento sarà franco e spedito, come ci viene imposto dalla lettera chiara e dallo spirito, non meno chiaro, informatore della legge.

« Tutte le azioni tanto reali quanto personali si prescrivono col decorso di trent'anni. » — È questa la disposizione energica e significativa dell'articolo 2135 del Codice Civile; dalla quale risulta, in termini evidenti, che la sola prescrizione ordinaria, quella che può dirsi soltanto di dritto comune, è la prescrizione di trent'anni. Ogni altra prescrizione più breve, costituendo un'eccezione alla regola generale ed al dritto comune, non può menomamente ammettersi se non sia stabilita espressamente e formalmente dalla legge. E la legge, in via di eccezione, stabilisce la prescrizione quinquennale per certi crediti: vediamo se tra essi ci sian compresi gl'interessi moratorii. Le parole dell'art. 2144 Cod. Civile son queste:

« Si prescrivono col decorso di cinque anni:

« Le annualità delle rendite perpetue e vitalizie.

« Quelle delle pensioni alimentarie.

« Le pigioni delle case e i fitti dei beni rustici.

« *Gl'interessi delle somme dovute e, generalmente, tutto ciò che è pagabile ad anno o a termini periodici più brevi.* »

Perchè possa ritenersi applicabile la prescrizione quinquennale — che, costituendo un'eccezione al dritto comune, non può

estendersi oltre i casi tassativamente enumerati dalla legge, *(exceptio est strictissime interpretationis)* — agl'interessi moratorii aggiudicati per sentenza, è di necessità assoluta: o che il credito di siffatti interessi si trovi formalmente noverato tra i casi tassativamente espressi dall'art. 2144; o, per lo meno, chiaramente compreso nella sua clausola finale. Ma essi non trovansi, in primo luogo, formalmente menzionati nella speciale enumerazione che ivi è fatta; dove si parla soltanto « *d'interessi delle somme dovute* », interessi cioè che costituiscono il frutto, il profitto certo di denaro collocato appunto nell'intento preciso ed esclusivo di produrre una entrata a colui che lo investe con quel determinato scopo; e che perciò chiamasi *sorte capitale, caput* (capo, fonte, cespite, principio d'altre cose) in considerazione del guiderdone, della mercede, della rendita, della usura che se ne ritrae. Son questi, a dirla breve, gl'interessi convenzionali, coi quali non son mica da confondersi gl'interessi moratorii, per le seguenti ragioni, ammesse universalmente dalla dottrina e dalla giurisprudenza:

1) I primi sogliono derivare dalla stipulazione espressa delle parti; i secondi sono attribuiti dalla sentenza del magistrato;

2) Gli uni vengono stipulati come compenso e in cambio del godimento di un capitale appositamente collocato a frutto; gli altri sono aggiudicati a titolo di danni interessi dovuti dal debitore che è in ritardo ad eseguire l'obbligazione: è il giudicato che lo costituisce in mora a pagare gl'interessi; non il capitale che per sua natura produce frutti;

3) Gl'interessi convenzionali hanno una scadenza periodica fissata dal contratto. Gl'interessi moratorii invece non sono pagabili a termini periodici, lunghi o brevi ch'essi possano essere, ma corrono incessantemente;

4) Gl'interessi convenzionali, essendo un frutto del capitale,

costituiscono un debito particolare a termine, indipendente e separato dal capitale medesimo che li produce: onde il creditore è tenuto a riceverli e il debitore autorizzato a pagarli indipendentemente dal capitale. Gl' interessi moratorii invece sono un accessorio, un' appendice, un tutto insieme col capitale medesimo; e corrono appunto perchè il debitore si trova in mora a restituire il capitale, non perchè questo li produce per virtù propria. E quindi sono pagabili ad ogni istante col capitale a cui così strettamente aderiscono; in guisachè il debitore non potrebbe validamente offrire il capitale senza gl' interessi, o gl' interessi senza il capitale.

5) Gli uni sono interessi delle somme dovute; gli altri sono interessi aggiudicati per le somme non pagate.

Ma in secondo luogo: come gl' interessi moratorii non sono da confondersi evidentemente con quelli espressamente menzionati nella disposizione dell' articolo 2144, colla formola *interessi delle somme dovute;* così, con non minore evidenza, non possono menomamente esser compresi nella clausola finale della medesima disposizione: *generalmente tutto ciò che è pagabile ad anno o a termini periodici più brevi.*

Imperocchè, per le ragioni stesse sopra esposte, gl' interessi moratorii non sono pagabili ad anno o a termini periodici più brevi; ma scadono ogni giorno, ogni istante, e possono in ogni momento essere richiesti unitamente alla sorte principale di cui sono l' accessorio. « Comment y aurait-il des termes périodiques de payement, là où il n' y aurait pas de termes? Comment une dette légalement échue à tous les instants serait-elle une dette à terme? Comment le débiteur pourrait-il se libérer des interêts moratoires jour par jour, semaine par semaine, mois par mois, lorsque la loi lui refuse la faculté de les payer per parcelles et séparément du capital? » (Ravez — *Consultation délibérée pour*

David Gradis et fils, par Ravez, de Saget et Brochon jeune — riportata da TROPLONG, *Prescription*, n. 1019).

E finalmente, in terzo luogo, argomentando *a contrario*, dagli esempii di crediti enumerati, *demonstrationis causa*, dall' Art. 2144 — *annualità delle rendite perpetue e vitalizie, delle pensioni alimentarie, pigioni delle case e fitti dei beni rustici, interessi delle somme dovute*, i quali tutti costituiscono dei crediti particolori, che scadono a termini periodici, indipendenti dal capitale o dalla cosa che li produce, e perciò pagabili ed esigibili indipendentemente e separatamente da essi — abbiamo una nuova e luminosa conferma, come nessuna analogia possa esservi tra questi e gl' interessi moratorii i quali, per tanti e tanti motivi, diversificano dai medesimi.

Stando, dunque, al testo e alla parola esplicita della legge, non può in nessun modo sostenersi che essa abbia voluto sottoporre gli interessi moratorii, come i convenzionali, alla prescrizione di cinque anni. Ci piace citare in proposito le seguenti assai significative parole del Laurent: « Il est très-vrai que *la prescription quinquennale est une exception*, mais cette exception forme elle même une règle en ce sens que l' article 2277 dit que *généralement tout* ce qui est *payable, par annèe* où à des termes périodiques plus courts, se prescrit par cinq ans. Le texte même de la loi ètablit donc un principe général; il faut l' interpréter et l' appliquer à tous les cas qui y sont compris. La difficulté est une difficulté de texte, et elle est grande. Que faut-il intendre par ces mots: « Tout ce qui est payable par annèe? » Le mot *payable* signifie ce qui doit être payé; ainsi entendue la disposition de l' article 2277 s' applique aux arrérages de rentes, aux pensions alimentaires, aux loyers et fermages aux intérêts conventionnels; toutes ces prestations se payent annuellement, ou a des termes pèriodiques plus courts. Il n' en

est pas de même des intérêts judiciaires et légaux; il ne se *payent* périodiquement, il courent *incessament:* le débiteur peut être contraint à les payer des que le créancier les demande; et le créancier peut les demander d' un jour à l'autre, mais on ne peut pas dire que le debiteur doit les payer à des termes périodiques. *Les intérêts moratoires, n' étant pas compris dans le texte da loi, la question parait decidée:* la disposition de l'article 2377, quoique *genérale n'en est pas moins une exception, et les exceptions ne s' étendent pas.* » (LAURENT, *Op. cit.,* Vol. XXXII, n. 448 p. 472-73.)

Ma egli poco appresso, seguendo le tracce del Troplong, non sappiamo con quanto rispetto della logica, passa ad affermare che debba la prescrizione quinquennale applicarsi anche agl' interessi moratorii. Il Troplong almeno non aveva avuto come il Laurent — cui sebbene cada in certi errori, spesso non lievi per la troppa fretta nello scrivere, non manca certo la valentia del giureconsulto — l' ingenuità di confessare apertamente che, *gl' interessi moratorii, non essendo compresi nel testo della legge, la quistione parrebbe decisa.* Egli invece si era limitato ad accusare il legislatore francese di poca chiarezza: « Quelque soit le parti qu' on tienne sur cette sérieuse difficulté, on tombera toujours d'accord que le législateur est imperdonnable de n'avoir pas formulé sa pensée d'une manière plus claire. *Il avait certainement sous les yeux l'ordonnance de 1629; il savait, sans aucun doute, les obstacles que dans l'ancienne jurisprudence avaient arrêté son execution; il ne pouvait ignorer que des réformateurs d'une grande autorité, entre autres de Lamoignon, tout en admettant la prescription de cinq ans pour les intérêts des sommes principales quelconques, faisaint cepandant une exception pour les intérêts dus en vertu d' une condemnation.* En présence de tant d' èlements propres à éclairer le

législateur, et à préparer un texte irreprochable, quelle précipitation inconsiderée l'a porté à laisser planer sur ce grave point de droit une si facheuse incertitude? » (TROPLONG, *Prescription,* n. 1013).

Quest' accusa del Troplong contro il legislatore francese non è, piuttosto, che la maggiore e più valida accusa contro la dottrina da lui professata. Singolare davvero la sua pretesa: invece di accettare, qual' è, il testo della legge in cui, nè esplicitamente nè implicitamente, si accenna alla prescrizione quinquennale degl' interessi moratorii, fa appunto astrazione dal testo per andare in cerca dello spirito di essa, che è piuttosto nella sua mente, anzichè in quella del legislatore. Ma non sa che non è dato all' interpetre di elevarsi al disopra della volontà del legislatore, la quale trova sempre la sua immediata e naturale espressione nella parola che la riveste; tanto più quando trattasi, come nella specie, di leggi di eccezione al diritto comune, per le quali bisogna far sempre assolutamente uso della interpretazione restrittiva, senza che sia concesso a nessuno di estendere l' applicazione da caso a caso in difetto di un testo esplicito della legge? *Quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentiam* (Leg. 14 Dig. de leg.).

Quel che poi fa maggior senso, e che prova nel modo più brillante come, quando si prendono le mosse da idee *a priori,* anche giureconsulti di prima riga dimenticano le regole più certe ed elementari di diritto da loro tante volte insegnate; si è che lo stesso Troplong proprio immediatamente innanzi alle parole da noi sopra citate scrive così: « L' art. 2277 (2144 Cod. Ital.) a-t il entendu laisser les intérêts moratoires *sous l' empire du droit commum? au bien a-t il voulu imiter l' esprit logique de l' ordonnance de 1629 et les restreindre par la prescription*

de cinq ans, a fin de ne pas surcharger d'intérêts ruineuses le débiteur? » (loc. cit.).

Ma come può dirsi, buon Dio! che il Codice napoleonico abbia voluto imitare lo spirito logico dell'ordinanza del 1629, quando esso già ne serba il più completo silenzio, e quando lo stesso Troplong non si perita di affermare che trattasi di leggi di eccezione? Ed invoca i precedenti legislativi! ma questi appunto depongono contro di lui. Imperocchè se il legislatore francese sapeva che l'ordinanza del 1629 sottoponeva, con testo speciale esplicito, alla prescrizione quinquennale gli interessi moratorii, nel fine espresso di evitare la rovina dei debitori; come sapeva altresì, che la giurisprudenza, compreso l'illustre presidente De Lamoignon, tenne fermo nell'escludere da siffatta prescrizione gl'interessi moratorii aggiudicati per sentenza del magistrato: e ciò malgrado, anzichè confermare e rendere più energico il testo dell'ordinanza del 1629, lo ha soppresso a dirittura, qual migliore e più decisivo argomento ch'egli non ha voluto menomamente seguirne i dettati? È la volontà del legislatore o quella del Troplong che deve avere il disopra?

Ma per buona fortuna, sebbene questo sia il vezzo comune di molti, non tutti però son usi a giurare *in verba magistri;* onde gran numero d'illustri giureconsulti, e grandissima parte delle Corti di Francia, compresa quella di Parigi, malgrado l'autorità grandissima da lui esercitata, hanno respinta la dottrina del Troplong. Valgano per tutti le seguenti autorevoli parole del Duranton:

« La jurisprudence des Cours offre aussi plusieurs monumentes contradictoires sur le point de savoir, si les intérêts, dus en vertu d'une condamnation judiciaire, sont soumis, à la prescription de cinq ans. Dans l'ancien droit ils ne se prescrivaient bien certainement, que par *trente ans, et notre opinion est qu'ils*

ne sont soumis qu' à cette prescription » (Duranton, *Cours de Droit civil,* vol. XXI, n. 434). Confrontano in questa opinione: Proudhon, *Usufruit,* tit. I, n. 235 pag. 284; Vazeille, *Traité de la Prescription,* vol. II, n. 612; Zachariae § 774 bis, testo e nota 13; Lacroiz-Frainville in una consultazione legale del 15 ottobre 1835; e più gagliardo di tutti Ravez, che lo stesso Troplong non esita di chiamare « *l' oracle du droit dans le Midi* » — *Op. cit.* n. 1013 — in una consultazione legale deliberata, pei Signori David Gradis e figli, in compagnia degli avvocati De Saget e Brochon giovane. Quanto alla giurisprudenza francese in questo senso, si consulti Dalloz, *Répertoire,* alla parola *Prescription,* n. 1080 e Aubry e Rau, vol. VIII, pag. 436, nota 24).

Il Troplong, adunque, e coloro che lo seguono, non potendo fare assegnamento sul testo apertamente ripugnante della legge, cercano di farsi forti dello spirito di essa. « On répond, scrive il Laurent, (dopo di aver finito di dire che « la disposition de l' article 2277 (art. 2144 Cod. Ital.), quoique générale n' en est pas moins une exception, et les exceptions ne s' étendent pas), « que, dans l' espéce, le texte ne répond pas à l' intention de législateur » (*Op.* e *vol. cit.* n. 448). Bell' argomento invero, trattandosi specialmente di leggi eccezionali restrittive, voler trovare l' intenzione del legislatore fuori e contro la parola stessa del legislatore! « En nous prononcant pour l' esprit *contre la lettre,* peut être, dira-t-on de nous: *optimam partem elegit* » (Troplog, n. 1022).

Ma, a parte la quistione del testo e dell' interpretazione, che nessuno potrà mettere menomamente in dubbio, come non la mettono in dubbio gli stessi avversarii; quali sono gli argomenti, ch' essi mettono in opera, per attribuire al legislatore una intenzione ch' egli non ha mai avuto?

Questi argomenti son due: l' uno che la legge ha voluto

punire la negligenza del creditore poco curoso dei suoi interessi; l'altro ch' essa ha voluto venire in soccorso del debitore, la cui fortuna è messa a repentaglio dal cumulo degl' interessi lasciati maturare per tanti anni, il pagamento dei quali potrebbe produrre la sua rovina. Ma del valore di questi argomenti ha fatto piena giustizia, nella sua dotta ed elaborata consultazione che il Laurent chiama *celebre,* il Ravez; e potrà consultarsi lo stesso Troplong dal n. 1013 in poi, dove riporta molti brani di siffatta consultazione, per vedere quanto sia fiacca la sua difesa di fronte alle poderose argomentazioni del suo avversario.

Come può, in primo luogo, parlarsi seriamente di negligenza del creditore, che ha perseguitato e fatto condannare il suo debitore? « N' est-ce pas, scrive il Ravez, celui-ci (il debitore) qui est, en vertu du jugement, dans une perpetuelle demeure? Qu' il obéisse et qu' il se libère, s' il veut éviter l' accumulation des dommages et intérêts, aux quels il n' ignore pas que l' expose sa persévérance à se jouer de son obligation! S' il ne le fait pas, sa ruine proviendra de sa propre négligence, et non de celle de son créancier » (in TROPLONG, *Op. cit.* n. 1015).

Ciò però non è tutto: finchè gl' interessi son dovuti soltanto per contratto, e non ancora ha provocata il creditore la sentenza di condanna dal magistrato, non è dubbio ch' egli, col suo silenzio e la sua inerzia, abbia potuto accendere e fecondare nell' animo del debitore la fondata speranza della poca fede e coscienza ch' egli ha del suo buon dritto, o della tacita rinunzia che abbia voluto farne al medesimo. Ma, dopo la sentenza di condanna, il credito degl' interessi, che vanno a scadere, porta da un lato il suggello dell' autorità del magistrato, ed ha tutta la certezza della cosa giudicata; mentre dall' altra parte rivela nel creditore la ferma, decisa e positiva volontà di esser pagato. Di che può farglisi rimprovero, quando già ha ottenuto che un

solenne giudicato rivesta della sua forza obbligatoria e della sua sanzione esecutiva gl' interessi attribuitigli dal giudice a titolo di danni, in conseguenza del ritardo nel debitore ad eseguire la sua obbligazione? « Si les jugements, scrive il Ravez nella sua celebre consultazione, ne sont eux-mêmes que des contrats judiciaires, ils ont par leur nature un effet qui n' appartient pas aux contrats formés sans l' intervention de la justice. *Les premiers, pendant les trente ans de durée que la loi leur donne, ont l'efficacité de mettre chaque jour en demeure le débiteur condamné.* Pour mettre en demeure le débiteur par contrat volontaire, d' autres actes sont indispensables. Il y a donc entre ces deux situations une difference absolue. *La prescription de cinq ans ne pourrait jamais commencer contre les intérêts par jugement, puisque la condamnation est pendant trente ans une interpellation de tous les instant* » (in Troplong, *Op. cit.* n. 1017).

E in secondo luogo: si è troppo teneri della condizione del debitore che può essere rovinato dal cumulo degli interessi; e si trascura affatto quella, forse più deplorevole, del creditore che, non avendo restituito a tempo il suo capitale sul quale ha potuto fare non si sa quale assegnamento, non è più in grado di ricavare quei legittimi frutti, quegli onesti profitti che aveva il dritto e, non infrequentemente, anche la necessità di percepire. Si vuol venire in ajuto del debitore che sa di averne l' obbligo, ma non ha mica la volontà di pagare, spregiando per giunta l' autorità di un giudicato che glielo impone; e s' intende respingere il creditore che, conscio del proprio diritto, ne ha adempito tutti gli obblighi e tutte le condizioni prescritte dalla legge per poterlo esercitare. E se, dopo avere ottenuto una sentenza di condanna contro il suo debitore per la restituzione del capitale e il pagamento degli interessi sino al giorno in cui il debito sarà effettivamente soddisfatto, egli si tace e non procede ulteriormente ad

atti di esecuzione; non è che per non fare davvero la rovina del debitore, aggravandolo di nuove spese e togliendogli per forza quei beni che, amministrati da un buon padre di famiglia, conservano se pur non aumentano il loro giusto valore; mentre messi nelle mani della giustizia sogliono esserne scemati di molto. E tutto ciò perchè ha piena fiducia, che il debitore moroso vorrà alla fine mostrarsi ossequente alla parola del magistrato.

Chi è dunque il colpevole tra i due, e che merita perciò il rigore e le sanzioni della legge: il debitore, che, colla maggiore indifferenza di animo, si mostra ribelle e sprezzante della sentenza di condanna, o il creditore che, avendo fede nell' autorità dei giudicati, spera che il debitore vorrà finalmente piegarsi ed obbedire; l' uno che gode indebitamente e in mala fede tutti i vantaggi e i profitti del denaro altrui, o l' altro che è costretto rinunziare agli onesti lucri e ai legittimi guadagni che potrebbe ritrarne, coll' impiego del proprio capitale, per sè e pei suoi; il primo, che, non pagando, sa certamente di fare il danno del creditore, o l' altro che, aspettando ancora, vuole evitare che faccia davvero la rovina del debitore?

Oh! perchè di grazia, la dottrina e la giurisprudenza, tanto francese che italiana, sono perfettamente di accordo nel ritenere che gl' interessi derivanti da un capitale indebitamente percepito, si prescrivono, non in cinque, ma in trent' anni?

E non diviene il debitore, dopo la sentenza del magistrato che lo condanna a restituire il capitale, e a pagarne gli interessi, un indebito possessore del denaro altrui? E così nell' uno come nell' altro caso gli interessi non sono dovuti, a titolo di risarcimento dei danni, da colui che sa di goderne indebitamente il capitale altrui e non vuole restituirlo? Veda, nella sua sapienza, il Tribunale Eccellentissimo: l' argomento ci pare irresistibile!

Ma aggiungiamo ancora. Se la legge ha creduto di derogare

al principio di diritto comune, che tutte le azioni tanto reali quanto personali si prescrivono col decorso di trent' anni, sottoponendo alla prescrizione quinquennale gli interessi convenzionali; ciò è stato unicamente per questo, che i medesimi, essendo stabiliti per contratto delle parti, tra le quali prevale sempre la legge del più forte, il *capitalista,* accade comunemente che il mutuatario si trovi esposto a pagare degl' interessi usurai.

Allora sì, che il cumulo di questi può trarlo sicuramente a rovina, ed è altamente giustificato l' intervento e l' onesto rigore della legge che viene in soccorso di lui che è debole, e che può divenire anche vittima; per sottrarlo all' arbitrio ed alla tirannia dell' usura, che non prova mai sentimenti di umanità e di commiserazione per nessuno, e che pur di saziare le sue ingorde brame non si arresta mai dinanzi ai mezzi più crudeli e più ruinosi; eterno Shilock, descrittoci con tanta maestria della penna scultoria dello Shakspeare, che vuole a ogni costo osservato il patto di togliere al suo debitore una libbra di carne! Ma quanto agl' interessi moratorii che sono aggiudicati dal magistrato, in conseguenza del ritardo del debitore ad eseguire le obbligazioni che hanno per oggetto una somma di denaro, e nella mitissima misura stabilita dalla legge (art. 1231 Cod. Civ.); non concorrendo nessuna di quelle ragioni che giustificano i suoi provvedimenti di rigore, riguardo al cumulo degli interessi convenzionali, è mestieri eziandio, che neanche questi provvedimenti debbano applicarsi. *Cessante ratione legis, cessat et ipsa lex:* e quindi la logica necessità che per essi non possa, nè debba decorrere la prescrizione quinquennale.

Se dunque, a confessione degli stessi illustri oppositori della scuola francese, da Troplong a Laurent, il testo della legge non si presta punto a che gli interessi moratorii vadano soggetti alla prescrizione quinquennale; cotalchè, in materia di diritto eccezio-

nale, si trovano costretti per sostenere il loro assunto, a ricorrere al singolare argomento, *che il testo della legge non risponde alla intenzione del legislatore;* se le ragioni stesse, tanto invocate dai medesimi, per giustificare questa deroga al dritto comune per cui tutte le azioni tanto reali quanto personali si prescrivono in trent'anni (art. 2135 Cod. Civ.), non concorrono punto riguardo agl' interessi moratorii aggiudicati per sentenza, come mai può sostenersi seriamente che anch'essi vadano colpiti dalla prescrizione quinquennale?

Ma la controversia, che arde tuttavia in Francia, pare già in Italia siasi pacificamente risoluta nel senso più conforme alla logica ed alle rette tradizioni del patrio diritto. Sulle prime qualche Corte di Appello del regno, (Aquila 16 Marzo 1869; Messina 28 dicembre 1871, Ancona 13 dicembre 1873), lasciandosi vincere dalle autorità, certo incontestabile, di taluni scrittori francesi, volle anche in questo seguirne l'insegnamento; ma sorse a tempo la voce autorevole delle nostre supreme Corti di Cassazione per richiamarle alla vera dottrina, che costituisce il vanto della grande scuola italiana. E questa dottrina tradizionale è quella del Presidente Fabro: ecco le sue parole autorevoli, che valgono tant' oro: *Edictum serenissimi ducis Emmanuelis Philiberti, de reliquis annuarum pensionum, aut canonum emphyteuticorum, non nisi pro quinquennio praestandis, dixi non habere locum in debitis jam per sententiam declaratis, propterea quod singulis momentis a die condemnationis, moram facere intelliguntur ei qui condemnatus fuit (Codex,* lib. VII, tit. XIII, definit. 15).

Il compianto Pacifici-Mazzoni, rapito da poco al lustro della scienza e della patria magistratura, dopo avere scritto nel testo della seconda edizione delle sue Istituzioni: « Non sono soggetti alla prescrizione quinquennale gli interessi moratorii » con onestà

pari alla dottrina grandissima, soggiunge in nota queste belle e significative parole: « Nella prima edizione seguii la dottrina contraria insegnata da Merlin, Troplong, Marcadé e Aubry e Rau; *ma sono stato indotto a mutar di avviso dalla autorità e dai ragionari della giurisprudenza delle nostre Corti di Cassazione* » (*Istituzioni di Drit. Civ. Ital.*, vol. VI, n. 275 pag. 559 testo e nota 2).

E possono dirsi francamente un vero monumento di dottrina e di sapienza giuridica gli arresti delle nostre Supreme Corti di Cassazione, le quali, con mirabile uniformità di vedute hanno ritenuto la massima che: « *Gl' interessi moratorii, come quelli che non costituiscono una prestazione annua convenzionale, ma sono accessorii di somme-capitali chiesti e sanzionati con sentenza, non vanno soggetti alla breve prescrizione di cinque anni, sibbene a quella ordinaria di trenta anni* ».

La sola Corte di Cassazione di Palermo ha dovuto decidere la quistione, sempre in modo uniforme, non meno di cinque volte, l' ultima delle quali a *sezioni unite.* (Cassazione di Torino 18 aprile 1866. V. *Annali della Giurisprudenza,* vol. I, anno 1866 e 67, P. I, Sez. 1. pag. 43; Cassaz. di Palermo, 28 gennaio 1871, V. *An. della Giurisprud.* An. 1871, P. I. Sez. 1, pag. 219; Cas. di Palermo, 5 aprile 1872. V. *Monit.* Palermo, vol. III. pag. 467; Cassaz. Palermo, 4 febbraio 1873, V. *Temi Zanglea* vol. IV. Cassaz. Palermo, 5 aprile 1873. V. Racc. vol. XXV, I, pag. 262; Cassazione di Napoli, 2 maggio 1873. V. *La Legge,* vol. XIII, an. 1873, pag. 800; Cassazione di Palermo (sezioni unite) 21 marzo 1878, V. *An. della Giurisprud.* An. 1878. P. I. Sez. 1. pag. 386).

Nè ci si opponga dalla parte avversa, che, trattandosi nella specie di un mutuo fruttifero per virtù del contratto originario, è inutile parlare d' interessi moratorii. Imperocchè abbiamo una

breve ma decisiva risposta da dare, per mandare in aria siffatta obbiezione. E la risposta è questa. Non può parlarsi più di contratto quando già è intervenuto il giudicato. Anzi appunto perchè il contratto è stato violato da una delle parti; perchè il mutuatario non ha pagato alla scadenza gl' interessi maturati, o restituito al termine prefisso il capitale tolto a prestito: il mutuante si è trovato nella necessità di chiamarlo dinanzi al magistrato, perchè lo condanni alla restituzione del capitale ed al pagamento degl'interessi sino al giorno dell' effettiva restituzione. Colla sentenza di condanna il contratto di mutuo è stato sciolto; e se pur tuttavolta il debitore trovasi costretto a pagare gl' interessi, non lo è più come contraente, ma come soccombente in giudizio; non come mutuatario ma come illegittimo possessore del capitale altrui. E tali interessi non sono più una prestazione, come prima della condanna, ch' egli aveva dritto di pagare ed il creditore obbligo di ricevere separatamente dal capitale; ma sono un accessorio del capitale medesimo, che il creditore ha dritto di chiedere ed egli obbligo di pagare insieme al capitale ad ogni momento.

Ma noi non è d' uopo insistere troppo su questo argomento, poichè ci soccorre in buon punto l' autorità del Troplong, la quale grandissimo sempre, riesce ancor più grande in quest' occasione, essendo egli contrario, come si è visto, alla parte principale del nostro assunto. Son queste le sue parole: « Il y a des cas où une somme prêtée dans l' origine cesse de devenir telle *ex post facto. C' est ce qu' arrive lorsque le débiteur, n' ayant pas payé à l' échéance, est condamné par sentence à se libérer.* Le jugement ajuote au contrat de prêt une force nouvelle; il ne se borne pas à le déclarer; il l' environne de garanties plus energiques; il change même la nature de la convention. Il substitue au prêt qui est épuisé et fini, et qui n' a plus pour lui la volonté

du prêteur, une obligation tout autre. Car — comme le dit tres-bien M. Ravez dans la consultation profonde et savante, qui je citais tout à l'heure — on ne prêt pas en jugement, et rien n'est plus opposé à la volonté de prêteur et à la continuation d'un contrat de prêt, que la condamnation obtenue par le créancier contre le débiteur, qui ne satisfait pas à son obligation. Cette condamnation forme une obligation nouvelle; qui fait novation à la première, convertit l'action primitive en action *judicati*, et rend ainsi meilleure la condition du créancier: « *neque enim deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem ut solet dici in his actionibus quae tempore vel morte finiri solent.* (Leg. 29, Dig. de novat. et deleg.). S'il restait quelque doute sur la novation qui résulte des jugements, la doctrine de Cujas forcerait la conviction: *Litis contestatio, jus est et obligatio nova; nam secuta condemnatione, actio pristina convertitur in actionem judicati, atque ita novatur* (ad leg. supra cit.). Les intérêts dus en vertu d'une condamnation, ne sont donc pas des intérêts de sommes prêtées » (TROPLONG op. cit. n. 1008).

La Corte di Appello di Catania, giudicando, non è molto, il caso identico al nostro, adottò questa massima:

« *Gl'interessi convenzionali, dovuti sopra un capitale restituibile a termine prefisso, diventano moratorii dalla dimanda giudiziale in poi.* Essi non sono prescrittibili col decorso di cinque anni » (19 giugno 1878. V. *Giurisprudenza* di Catania An. 1878. pag. 99).

VI.

La prescrizione quinquennale interrotta col precetto non può compiersi di nuovo che in trent'anni.

Potrebbe arrestarsi a questo punto la nostra difesa; poichè, più che la semplice fiducia, è invincibile in noi la sicurezza che

il Tribunale, rendendo omaggio al testo esplicito della legge ed alle ragioni di equità e di giustizia che lo informano, ed ispirandosi alla dottrina tradizionale della grande scuola italiana, vorrà uniformarsi agl' insegnamenti delle Supreme Corti di Cassazione del Regno. Ma l' interesse stesso della difesa c' impone l' obbligo di scendere anche alle subordinate, e di ritenere possibile le più strane e più contrarie ipotesi, comunque fossimo certi ch' esse non avverranno.

Ammettiamo dunque, come semplice ipotesi, che il Tribunale nella sua giustizia non voglia fare buon viso alla dottrina, comunemente insegnata, che gl' interessi moratorii, non si prescrivono col decorso di cinque anni, ma con quello bensì di trent' anni. Resterebbe sempre indubitatamente nei coniugi Spedalieri-Grisley il dritto a ripetere, (oltre che gl' interessi decorsi dal giorno della dimanda sino a quello della sentenza definitiva di condanna che, compresi ed inerenti al giudicato, si mantengono sempre in vita finchè sussiste la forza del giudicato stesso — *actiones quae tempore pereunt, semel inclusae judicio salvae permanent),* gl' interessi scaduti dal giorno della pronunziazione della sentenza, (13 aprile 1844), sino a quello dell' ultimo precetto interruttivo della prescrizione notificato il 4 luglio 1854, in seguito ad altri due precetti intimati l' uno il 23 luglio, 16 e 28 agosto 1844, e l' altro il 12 e 13 luglio 1849. Come pure il dritto a ripetere gl' interessi scaduti dal 28 luglio 1869 sino al giorno dell'effettivo pagamento; essendosi il 28 luglio 1874 ricominciati gli atti interruttivi della prescrizione, notificando ai fratelli Colonna Di Gregorio, Francesco e Calogero Gabriele, la sentenza del 1844, e l' atto di cessione del 1852; e quindi precetto immobiliare contro i medesimi. I medesimi atti sono stati intimati, alla loro morte, alle rispettive mogli nei nomi signora Sonnino e Cammarota con intervallo minore dai cinque anni.

Per giustificare quest'assunto non ci occorrono che pochissime parole.

La legge, nell' articolo 2125 del Codice Civile, dice formalmente che « la prescrizione è interrotta in forza di un *precetto* »; nell' articolo 566 del Codice di Procedura Civile dice, che « il precetto diventa inefficace trascorsi cento ottanta giorni senza che siasi proceduto ad atti di esecuzione ». Ma nell'articolo 2128 del Codice civile, pur affermando che « la prescrizione si ha come non interrotta se la dimanda è perenta », non dice mica nulla del precetto. Dunque il precetto, se può divenire inefficace come atto di esecuzione, quando non siasi proceduto oltre negli atti esecutivi entro il termine fissato dalla legge, conserva sempre intera la sua efficacia come atto interruttivo della prescrizione; nè è soggetto a perimersi, essendo esso un atto meramente stragiudiziale.

E quindi, interrotta la prescrizione per virtù di un precetto, comincia a decorrere una nuova prescrizione; la quale, per la natura stessa delle cose, non è più, quand' anche si voglia ammettere per gl' interessi moratorii, la breve ed eccezionalissima prescrizione di cinque anni, ma bensì la lunga ed ordinaria di trent' anni; non dovendo più prescriversi gl' interessi, ma cadere nel nulla e distruggersi la forza interruttiva del precetto che, come atto giuridico, si mantiene in vita pel periodo di trent' anni. « Il precetto, scrive il Marcadè, per quel che riguarda l' interruzione della prescrizione, è sotto un rapporto più energico della dimanda giudiziale medesima. Poichè mentre questa, come si è veduto, si perimerebbe e renderebbe l' interruzione non avvenuta per la discontinuazione delle procedure lungo tre anni; il precetto all' incontro, il quale *non è un atto giudiziario, un atto di procedura*, non cade affatto quindi in perenzione; *esso non sarebbe non avvenuto, e non lascerebbe l' interruzione cancel-*

larsi, se non che per effetto della prescrizione, cioè dopo trent' anni, quantunque non fosse stato seguìto da ulteriori procedimenti ». Ripiglia quindi poco appresso: « Nel caso del precetto havvi interruzione ed annientamento della prescrizione anteriore; interruzione la quale non sarà non avvenuta se non dopo *scorsi trent' anni* senz' atto di procedura » (MARCADÈ, vol. VII, all' art. 2242 e seg. n. 4, pag. 84 e 85). Tale dottrina è professata da POTHIER, *Des obligations,* n. 697; DUNOD, *Des Prescriptions,* part. II, cap. 7, pag. 171; DUPORT-LAVILLETTE, vol, III, n. 432; BOURJON, vol. II, pag. 571; DURANTON, vol. XXI, pag. 444.

Quanto alla giurisprudenza poi, è questa la massima stabilita dalla Corte di Cassazione di Napoli il 20 novembre 1878: « *L' interruzione della prescrizione quinquennale, operata colla trasmissione del precetto, non perde i suoi effetti per questo che il precetto, stante la inazione del creditore, sia divenuto inefficace.* » (V. *Annali della Giurisprudenza,* an. 1879, p. 1 sez. 1 pag. 21) Del rimanente può dirsi questa una giurisprudenza pacifica, adottata con mirabile concordia ed unanimità di vedute, niuna esclusa, da tutte le Supreme Corti di Cassazione del Regno. (Cassazione di Roma, 20 agosto 1878, V. *Foro,* vol. III, an. 1878 part. 1 pag. 1219; Cassaz. di Palermo 28 giugno 1879. — V. *An. Giurisprud.* an. 1880 vol. XIV, p. 1, sez. 1, pag. 147; Cassaz. di Napoli, 27 aprile 1876 — V. *An. Giurispr.* an. 1876, P. 1, sez. 1, pag. 393; Cassaz. Napoli 20 novembre 1877, V. *An. Giurispr.* 1878 P. 1 sez. 1, pag. 418; Cassaz. Napoli 22 genn. 1878, V. *An. Giurispr.* 1878, P. 1 sez. 1 pag. 507; Cassazione di Torino 10 marzo 1870, V. *Bettini* Giurispr. an. 1870, parte 1 col. 276).

Dunque, nell'ipotesi più sinistra, che il Tribunale non voglia soffermarsi alla prima conclusione, cioè di ritenere che gl' interessi moratorii vanno soggetti alla prescrizione di trent' anni e

non mica a quella di cinque anni; non potrà fare a meno di ritenere, in linea subordinata, che siano dovuti ai coniugi Spedalieri-Grisley, non pure gli interessi decorsi dal giorno della dimanda sino a quella della pronunziazione della sentenza di condanna del 1844, la qual cosa neanche le parti avverse osano impugnare, ma quelli eziandio decorsi dal dì della pronunziazione della sentenza sino al 1 luglio 1854, epoca in cui fu notificato il terzo precetto di pagamento. Poichè il precetto, sebbene divenuto inefficace come atto esecutivo, conserva sempre tutta la sua efficacia come atto interruttivo della prescrizione, la quale per il periodo di tempo anteriore cui si estendono gli effetti del medesimo, non può compiersi di nuovo che col decorso di trent'anni. E quindi ritenere anche dovuti gl'interessi maturati dal 28 luglio 1869 sino al dì dell'effettivo pagamento, essendosi nel 28 luglio 1874 ripresi gli atti esecutivi con notificazione della sentenza e del precetto, e da quell'epoca ripetuti sempre ad intervalli di tempo inferiori al periodo di cinque anni.

VII.

Gli interessi almeno sono dovuti dal 1869.

E così ci è d'uopo venire, per debito di difesa, alla terza subordinata, alla quale ci pare impossibile che il Tribunale, in omaggio alla legge ed alla morale, possa discendere.

Ammettiamo dunque l'estrema ed inverosimile supposizione, che il Tribunale creda di non ammettere la prescrizione trentennale per gl'interessi moratorii; e che voglia altresì non ammettere che la prescrizione interrotta per virtù di un precetto, abbia d'uopo, per compiersi di nuovo, del decorso di trent'anni: resta sempre provato in fatto che furono ricominciati gli atti

interruttivi della prescrizione il 28 luglio 1874 contro Francesco Colonna Di Gregorio, Duca di Reitano, e Calogero Gabriele Colonna Di Gregorio, Duca di Cesarò, e rinnovati quindi sempre ad intervalli inferiori ai cinque anni sin oggi. Onde è impossibile, nell'ipotesi più infelice, a concepirsi, vogliano esserci negati gli interessi dal 28 luglio 1869, sino al giorno dell'effettivo pagamento; essendo dovuti per legge gl'interessi delle cinque annualità anteriori all'atto interruttivo della prescrizione.

VIII.

Chi deve rispondere del debito?

Coll'ultimo capo delle opposizioni finalmente le parti avverse affermano che esse e, gradatamente, i loro antenati, di generazione in generazione, sino a risalire alla originaria debitrice signora Eleonora Requisens Marchesa di Fiumidinisi, tutti sono stati rispettivamente eredi beneficiati dei proprii genitori; e che quindi bisogna rivolgersi, per esser pagati, contro l'eredità beneficiata della sopraddetta signora Eleonora Colonna Requisens, unica ed originaria debitrice.

Contro quest'ultimo capo delle opposizioni, a noi non resta che dire breve e decisiva parola. Quando le parti avverse giustificano pienamente nei modi di legge, che esse e tutti i loro autori siano stati rispettivamente eredi beneficiati dei proprii genitori, noi non osiamo pretendere che il Tribunale li condanni personalmente. Quel che impugniamo solennemente però si è questo: cioè che non la sola eredità della signora Eleonora Colonna Requisens deve rispondere di siffatto debito, ma la eredità del signor Calogero Gabriele Colonna Requisens eziandio, a cui benefizio furono dalla madre sig. Eleonora Requisens, di lui minore tutrice ed amministratrice, rivolte le somme tolte a pre-

stito dal sig. Francesco Minissale autore dell' attuale creditrice.

Legga il Tribunale la sentenza del 1844, dove a pag. 11 retro del nostro fascicolo dei documenti, troverà nel dispositivo queste precise parole:

« Condanna essi convenuti (cioè Giovanni Antonio Colonna « Filangieri, Vittoria ed Eleonora Colonna Filangieri, figli di « Calogero Gabriele Colonna Requisens) quali eredi beneficiati del « padre, ed in tal qualità quali eredi beneficiati e *debitori* della « loro ava D. Eleonora Colonna Requisens a pagare ecc. »

E la causa di tal debito da parte del Sig. Calogero Gabriele Colonna Requisens, si trova indicata nel ragionamento sulla seconda quistione della sopracitata sentenza. Trascriviamo le parole:

« Considerando, che il mutuo di cui si tratta fu ricevuto « dalla tutrice senza decreto di giudice, ma il denaro mutuato « fu ben versato in vantaggio del minore, essendosi pagato ai « creditori ipotecarii con atti autentici non impugnati; e inoltre « quel mutuo fu posto ai conti dalla tutrice, e questi conti appro- « vati in giudizio. La mancanza d'impugnazione importa ratifica « da parte del minore divenuto maggiore, e cosa giudicata « sulla validità dell' imprestito ».

Dunque non è la sola eredità della signora Eleonora Colonna Requisens tenuta alla soddisfazione del credito della signora Spedalieri Minissale, come affermasi allegramente dalle opponenti; ma la eredità eziandio del Sig. Calogero Gabriele Colonna Requisens, Duca di Cesarò, che fu quegli a cui vantaggio furono effettivamente rivolte le somme prese a mutuo.

CONCLUSIONE

Giunti al termine di questo lavoro, sorge, più che mai, invincibile in noi la fiducia che il Tribunale vorrà renderci giustizia.

Il creditore tutto ha fatto quant'era in suo potere, per esser pagato: ha fatto con sentenza irretrattabile condannare il suo debitore, e quindi con continue notificazioni e precetti, ripetuti ad intervalli più o meno brevi, gli ha ingiunto di ottemperare alla parola autorevole del magistrato. Forse un sol torto ha da rimproverare a sè stesso, quello cioè di non avere ricorso ai mezzi estremi e coattivi, per costringere il debitore infedele all'osservanza dei suoi doveri al rispetto della cosa giudicata. Ma la sua deferenza, per motivi di equità e di considerazioni sociali, non è stata mai negligenza, la sua longanimità non si è mutata mai in oblio; ha dato sempre sulla voce, e a tempo, al suo debitore per non far interpetrare quello, che era un puro atto di tolleranza, come rinunzia ed abdicazione ai suoi diritti.

Ma il debitore, sordo alle preghiere, impassibile alle ingiunzioni, ha irriso alla longanimità del creditore, ne ha sprezzato le minacce. Invano, nel giro quasi di un secolo, coll'alternarsi di più generazioni, sono mutati gl'individui; l'istinto di non pagare, anzichè sparire o attenuarsi in qualche modo, per trasmissione ed accumulazione ereditaria, è cresciuto di più sino a divenire invincibile. Non resta quindi al creditore, poichè il male è estremo, che ricorrere all'estremo rimedio; adoperando, senza arrestarsi nella via per condiscendenza o per paura, tutti i mezzi coercitivi che la legge gli accorda per farsi pagare. Ma il debitore pertinace ha creduto sbarrargli il cammino colle sue opposizioni, dove tutti ha accumulati i mezzi di difesa e le eccezioni, i cavilli e gli accorgimenti dell'arte forense per arrestarlo. Il creditore però ha fede nella giustizia del Tribunale, che spera troverà potente ajutatore e vindice nell'onesto esercizio dei suoi diritti, poichè egli viene in nome della santità dei patti e dell'autorità dei giudicati.

Siamo, dunque, sicuri, che il Tribunale, in omaggio alla legge

ed alla morale, dichiarerà pienamente giustificata la qualità di erede universale della di lei madre Angela Minissale nella Signora Cecilia Spedalieri-Minissale, e valido il precetto intimato; e, scendendo in merito, insussistente la prescrizione trentennale e la pretesa estinzione totale o parziale del debito, come pure malamente invocata la prescrizione quinquennale per gl' interessi moratorii aggiudicati da sentenza.

Ma dove, contro ogni nostra aspettazione e contro ai più severi dettati di equità e di giustizia, credesse il Tribunale di ammettere che anche gl' interessi moratorii vanno colpiti dalla prescrizione quinquennale, non potrà fare a meno di riconoscere che la prescrizione quinquennale, interrotta dal precetto, non può compiersi di nuovo che in trent' anni; e nell' ipotesi più infelice, che crediamo impossibile ad avverarsi, dichiarare almeno che gl' interessi siano dovuti fin dal 1869.

Ed in ogni caso vorrà condannare la parte avversa al rimborso del capitale e degl' interessi, non pure nella rappresentanza dell' eredità beneficiata della Signora Eleonora Requisens, ma di quella eziandio del Sig. Calogero-Gabriele Colonna Requisens; e le opponenti, come temerarie litiganti, anche personalmente e solidalmente a tutte le spese del presente giudizio compreso l' onorario dell' avvocato; e la Signora Cammarota particolarmente alle spese fatte nel giudizio dinanzi al Tribunale di Palermo; ordinando sempre la esecuzione provvisoria della sentenza senza cauzione.

Roma, 7 ottobre 1880.

IV

Se i redditi sui demanii divisi delle province meridionali siano soggetti all'imposta di ricchezza móbile.

Appunti alla giurisprudenza della Cassaz. di Roma

(Estratto dal Foro Italiano — Anno VIII — Fascicolo III.)

SENTENZA

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

Udienza 20 Maggio 1882; Pres. Miraglia P. P., Est. Muzi, P. M. Castelli (concl. conf.) — Comune di Albidona (Avv. Chimirri) c. Finanze (Avv. er. Quarta).

Ricchezza mobile — Canoni — Censi — Comune — Quotisti — Terreni demaniali e feudali — Condominio — Dominio diretto — Rendita costituita — Prezzo — Distinzione — Natura dei cespiti.

I canoni o censi che un Comune riscuote dai quotisti di terreni demaniali e feudali non dipendono da condominio nè da dominio diretto.

Quest' annua corrisponsione non è che una rendita costituita, la quale tien luogo del prezzo per i fondi ripartiti e consegnati in piena ed assoluta proprietà, e perciò è soggetta alla tassa di ricchezza mobile.

La Corte, ecc. — Osserva che a mente dell' art. 1 della legge 14 giugno 1874 è a reputarsi soggetto alla imposta per ricchezza mobile ogni reddito che non dipenda da condominio o da dominio diretto, comunque subisca qualche detrazione a favore del debitore in relazione al tributo fondiario, e quindi bene a proposito i giudici di merito esaminarono e discussero la rela-

tiva quistione sul se i canoni, o i censi dovuti al Comune ricorrente, dipendessero da condominio o da dominio diretto, ed anche bene risolvettero la questione per la negativa, uniformandosi in ciò alla giurisprudenza di questo supremo Collegio.

Fu già altra volta osservato che lo art. 1 della legge 1 settembre 1806 volle che i demani di qualsiasi natura, feudali o di chiesa, comunali e promiscui, fossero ripartiti e posseduti come proprietà libere di coloro ai quali fossero per toccare: che, per l'art. 4 del decreto 8 giugno 1807, fu ripetuto che i detti possessori fossero tenuti per pieni, liberi ed assoluti padroni delle proprietà loro toccate, sottoposti soltanto al pagamento di un'annua prestazione: che il decreto del 3 decembre 1808, dopo aver fatto perfettamente eco coll' art. 32 alle precedenti dichiarazioni, nel susseguente art. 36 concede la facoltà di affrancare i redditi stabiliti sui demani divisi alla ragione del 5 per cento nella stessa maniera dei redditi ex feudali. Ora cotesti redditi ex feudali, giusta la definizione data chiaramente all' art. 2 del decreto 20 giugno 1808 e ribadita dall' art. 9 decreto 17 gennaio 1810 e dal sovrano rescritto del 17 agosto 1838, si dovevano considerare come censi riservati, finchè non fossero riscattati. Insomma l' annua prestazione, corrisponsione o canone che voglia dirsi, non era che una rendita costituita, la quale teneva luogo del prezzo per i fondi repartiti e consegnati in piena ed assoluta proprietà.

Or ciò essendo, non possono tali redditi non essere colpiti dal chiaro disposto dell' art. 1 della legge 14 giugno 1874; e se le considerazioni che si leggono nella impugnata sentenza presentano alcuna ragione non rispondente ai principi severi del dritto, non perciò meno il suo pronunziato è incensurabile, non potendo qualche inesattezza o sovrabbondanza essere presa a base del domandato annullamento.

Per questi motivi, rigetta, ecc.

OSSERVAZIONI

Sono stato lungamente esitante prima di scrivere queste osservazioni alla sentenza della Cassazione di Roma, della quale spesso è dato a tutti ammirare responsi che sono veri monumenti di dottrina giuridica, e che valgono non di rado a richiamarci i fasti aurei della sapienza italiana. Ma questa volta la sentenza in esame — di cui grandi erano le aspettative perchè veniva in tempo a risolvere una controversia, così vivamente agitatasi tra il demanio dello Stato, che mira a colpire d'imposta qualunque fonte di ricchezza nazionale, pur di rifornire le sue finanze inaridite da un cumulo di spese sempre più crescenti, e i Comuni delle province meridionali che, al pari degli altri del regno, fanno sforzi supremi per salvare da imminente rovina le loro esauste finanze — non è tale, mi si permetta il dirlo, da suggellare la bella fama e la grande autorità del supremo collegio di Roma, o che si guardi alla redazione, o che si guardi alla soluzione in essa adottata. Con essa si conferma la precedente giurisprudenza già stabilita dello stesso supremo Collegio in altra decisione del 10 maggio 1880 (Comune di Mondragone c. Finanza — V. *La Corte Suprema di Roma,* an. 1880, pag. 290), ov' è consacrata la stessa dottrina con eguale povertà di argomenti.

La quistione intanto era sì grave ed elegante e toccava interessi così vitali, almeno in ordine ai Comuni, da meritare tutta l'attenzione e lo studio della suprema Corte regolatrice in materia d'imposte.

Vanno soggetti per legge all'imposta sulla ricchezza mobile tutti i redditi anche di natura fondiaria ed immobiliare, compresi i censi in qualunque modo costituiti, ad eccezione solo di quelli che dipendono da *condominio* o da *dominio diretto* (art. 4 e 5

della legge per l'imposta sui redditi di ricchezza mobile, testo unico). Ora il punto culminante della controversia sta in questo: se cioè il reddito che i Comuni delle province meridionali percepiscono dai possessori dei demani divisi costituisca un *censo riservativo,* soggetto perciò all'imposta di *ricchezza mobile,* ovvero un *canone enfiteutico* che, come dipendente da *dominio diretto,* debba sottrarsi alla detta imposta.

La Cassazione di Roma, fondandosi sull'art. 1 della legge 1 sett. 1806, art. 4 del decreto 8 giugno 1807, art. 32 e 36 del decreto 3 dic. 1808, art. 2 del decreto 20 giugno 1808, e art. 9 del decreto 17 gennaio 1810, ritiene che trattisi di *censi riservativi;* i quali, non essendo dipendenti da condominio o dominio diretto, debbano esser colpiti dall'imposta mobiliare. Ma così statuendo, a mio avviso, la Cassazione è incorsa in un doppio errore, quello di non aver tenute presenti tutte le disposizioni legislative in ordine alla materia, e l'altro di non avere rettamente interpretate le disposizioni legislative tenute presenti.

La proprietà fondiaria, come ogni altro istituto giuridico, nella sua evoluzione storica, ha dovuto obbedire a un duplice ordine di leggi: le une generali che, rispondendo alle intime necessità ed ai rapporti essenziali della sua natura, hanno operato egualmente in ogni tempo e in ogni luogo; le altre speciali, che, costituendo il prodotto e l'espressione di un dato complesso di bisogni e di condizioni particolari, mutano secondo i tempi e secondo i luoghi.

Riguardo al primo aspetto la proprietà, nata in origine sotto forma collettiva, si è trasformata gradatamente in proprietà privata esclusiva e perpetua. Però se uguale dappertutto è stato il passaggio della proprietà dalla forma collettiva alla forma esclusiva, in perfetto riscontro al sostituirsi della coltura intensiva alla coltura estensiva; non può dirsi uguale del pari la forma

specifica di tale passaggio, dipendendo questa dalle condizioni fisiche, sociali, politiche e morali diverse nei singoli luoghi e nei singoli tempi.

I paesi di Europa, ov' ebbe impero il feudalismo, ci offrono al punto istesso questo di comune: la esistenza della proprietà feudale a fianco della proprietà comunale; forme entrambe, sebbene con certe differenze fra di loro, di proprietà collettiva, poichè nell' uno e nell' altro caso, in misura e proporzioni diverse, si ha partecipazione di più alla medesima cosa, e disgregazione del dritto complesso onde si compone il dominio. Il processo evolutivo verso la proprietà privata non ha potuto avverarsi altrimenti, quindi, che affrancando gradatamente il dominio da questa doppia serie di vincoli, fino a consolidare in unico soggetto la molteplicità dei dritti domenicali dispersi in più persone cointeressate.

Questa felice trasformazione, per compiersi, rendeva necessarii opportuni atti legislativi e di governo che, pur soddisfacendo alle imperiose esigenze dei tempi reclamanti la libertà del dominio, non servissero d' altro canto a violare i dritti quesiti degli attuali comproprietarii. Stava qui la sapienza del legislatore e la prudenza dell' uomo di Stato. Se unica era la méta — preparare il riscatto della proprietà fondiaria da qualunque vincolo — diversi doveano essere i mezzi, come diverse erano le condizioni della medesima, secondochè la natura del vincolo consisteva nelle *decime feudali*, *sacramentali* etc., ovvero negli *usi promiscui* esercitati dai singoli cittadini sui *terreni indivisi* della comunità. Nel primo caso la proprietà erasi già costituita nella persona degli attuali possessori; senonchè mancava in essi lo stimolo a intraprendere dei radicali miglioramenti nella coltura dei terreni mediante un largo impiego di capitali, perchè quel pagamento del decimo rappresentava una sottrazione al profitto dei mede-

simi. Nel secondo caso invece i singoli cittadini del Comune non aveano acquistato ancora vero dritto di proprietà sui terreni indivisi, di cui la proprietà stava nella comunanza, mentr' essi non erano che dei semplici utenti. Ond' è che questi secondi non potevano, senza flagrante ingiustizia, aspirare ad esser posti nello stesso livello dei primi quando ancora non erano in grado di vantare alcun dritto di proprietà sul suolo.

La diversità essenziale nelle condizioni di fatto richiedeva, di necessità, un diverso trattamento nelle prescrizioni di dritto.

Siffatta diversità di trattamento, imposta dalla natura stessa delle cose, vediamo consacrata nelle disposizioni legislative e nei provvedimenti di governo emanati dal sovrano di Napoli all' epoca della occupazione napoleonica, disposizioni legislative e provvedimenti di governo emanati in epoche diverse con atti separati ed improntati da uno spirito diverso, per quanto identico fosse lo scopo cui erano rivolti.

Si comincia coll' abolizione della feudalità, delle sue attribuzioni e giurisdizioni mediante la legge del 2 agosto 1806, emanata sotto il reame di Giuseppe Bonaparte. In essa, dopo essersi detto nell' art. 1: « la feudalità con tutte le sue attribuzioni resta abolita », si soggiunge nell' art. 12:

« Tutti i diritti, redditi e prestazioni territoriali, così in « denaro come in derrate, saranno conservati e rispettati come « ogni altra proprietà. Le università o i particolari che avranno « diritto dedotto o non dedotto, per contendere tali proprietà, « adiranno i tribunali competenti per la giustizia. Ci riserviamo « di provvedere per quei *diritti* e *prestazioni pregiudizievoli* « *all' agricoltura,* con farli redimibili a favore dei contribuenti, « colla surrogazione di canoni in denaro, ed intanto viene « espressamente proibita qualunque novità di fatto. »

L' esplicazione di tale riserva ebbe luogo per virtù del decreto

20 giugno 1808, preceduto dalle seguenti notevoli considerazioni:

« Visto l'art. 12 della legge del 2 agosto 1806 abolitiva della feudalità, con cui ci riservammo di provvedere pei diritti, redditi e prestazioni territoriali dovute agli ex-feudatarii, che sono pregiudizievoli all'agricoltura, facendoli redimibili a favor dei contribuenti con la surrogazione di canoni in denaro;

« Visto il rapporto del nostro ministro dell'interno fondato sull'avviso rassegnatocene dalla nostra commissione delle cause feudali e sul parere di cinque del Collegio dei tavolari del S. R. C.

« Considerando, che per effetto della citata nostra legge hanno gli ex-baroni acquistato il *diretto dominio* e la pienissima facoltà di disporre di tutti i beni feudali;

« Considerando, che in compenso di tali importanti vantaggi abbiamo fatta l'indicata riserva unicamente diretta alla miglio-razione dell'agricoltura e della proprietà dei nostri sudditi:

« Considerando, che pregiudizievoli all'agricoltura si sono mai sempre esperimentati nel regno i redditi feudali perpetui, denominati quinte, settime, none, decime, duodecime o altra parte dei frutti, raccolti, egualmente che le prestazioni esatte in ragion di semina sotto nome di intera o mezza covertura; come anche il diritto esercitato dagli ex-baroni, sia coi propri animali, sia precedente fida con gli altri, di far pascere l'erba nei terreni appadronati dei particolari a titolo di colonia o di servitù;

« Abbiamo decretato e decretiamo quanto segue:

« Art. 1. Tutte le prestazioni, crediti già feudali perpetui, che per diritto di suolo, di servitù o per qualunque altro titolo si esigono su dei territori *appadronati* dei particolari, sia in proporzione della estensione del terreno o della semina, sotto nome di covertura, mezza covertura o sotto qualunque altro nome, sia in proporzione del frutto come sono le quinte, le set-time, le decime, le dodicesime, le ventesime del raccolto, o altre

prestazioni maggiori o minori dovute agli ex-baroni, i diritti di pascolo e di fida che essi esercitano nei medesimi fondi, potranno a richiesta dei contribuenti degli indicati redditi e dei possessori soggetti all'esercizio di tali diritti o a richiesta di ciascuno di essi in qualunque tempo, essere convertiti in canoni in danaro sul coacervo della rendita netta di un decennio, senza comprendere nel calcolo del coacervo qualunque spesa di trasporto dei generi ai magazzini o alle aje degli ex-baroni. In mancanza di dati sicuri da ottener questo coacervo, la riduzione in danaro sarà fatta per mezzo di un estimo giusto e legale.

« Art. 2. Le prestazioni ridotte in danaro nel modo prescritto nell'art. precedente dovranno riguardarsi come surrogate alle antiche territoriali e pagarsi nei tempi medesimi, nei quali si sarebbe prestata la parte dei frutti e l'erba, se la riduzione in danaro non fosse seguita. *Siffatti canoni pecuniari però conserveranno la natura di censi riservativi, sino a che non sien redimiti, secondochè sta ordinato nel seguente art. 4.*

« Art. 4. Tutte le prestazioni e diritti compresi nell'art. 1, saranno ridotti in canoni pecuniari, e tutti i redditi che egualmente dagli ex-baroni si esigono in danaro sono dichiarati perpetuamente redimibili a petizione dei contribuenti o di ciascuno di essi. Il capitale prezzo ne sarà ragguagliato al 5 per cento, senza detrazione alcuna di peso fondiario. Con la fissazione di questa ragione s'intende compensato anche il diritto eventuale, che legittimamente abbiano gli ex-baroni di esigere nel caso dell'alienazione una parte del prezzo, purchè questa non ecceda la quinquagesima. »

Essendo però sorti dei dubbi nell'esecuzione di tale decreto legislativo relativamente ai termini in cui il medesimo avrebbe dovuto contenersi, venne emanato apposito regolamento sotto il governo di Gioacchino Murat in data del 17 gennaio 1810,

del quale bisogna tener presenti, per la loro importanza, i primi cinque articoli.

« 1. La facoltà di commutare in danaro le rendite ex-feudali, conceduta ai debitori col decreto del 20 giugno 1808, avrà luogo per tutte le rendite ex-feudali perpetue, qualunque ne sia l'origine. Vi sono conpresi gli estagli perpetui, *i canoni e le prestazioni enfiteutiche* i redditi e le prestazioni di ogni colonia perpetua e qualunque rendita perpetua ex-feudale, secondo la dichiarazione del presente decreto.

« 2. Sono presunti ex-feudali tutte le rendite esatte dagli ex-baroni, o dagli aventi causa da essi per fondi siti tra i confini degli antichi ex-feudi. Il decreto del 20 giugno non è applicabile alle sole rendite e prestazioni fondiarie dipendenti da concessioni di fondi privati e allodiali fatte con pubbliche scritture. Tranne questa sola prova ogni altro argomento è dichiarato incapace a dimostrare la qualità burgensatica delle rendite che si pretendessero esenti dalla regola stabilita col presente decreto.

« 3. Le rendite e le prestazioni ex-feudali in danaro e quelle in genere di qualunque natura, *così prima come dopo la loro commutazione,* tranne i soli canoni enfiteutici, *non potranno esigersi se non nella qualità di censi riservativi dei fondi dai quali dipendono.* Come tali esse costituiranno l'unica riserva degli antichi diritti degli ex-baroni, abolito ogni altro diritto ed ogni altra prerogativa finora esercitata.

« 4. In conseguenza dell'articolo precedente è *abolita ogni devoluzione sia per coltura non fatta, sia per attrasso delle prestazioni dovute,* sia per morte dei concessionarî senza legittimi successori. Restano bensì salvi agli ex-baroni tutti i diritti che nascono dalla natura del censo riservativo, tanto su i frutti, quanto sul prezzo del fondo redditizio per la riscossione delle rendite e delle prestazioni solite.

« 5. Non sono compresi nella disposizione dell'articolo precedente i canoni e le prestazioni enfiteutiche, per le quali dovranno osservarsi la natura e le leggi dei contratti. Si avranno per enfiteutiche quelle sole rendite e prestazioni che nascono da pubbliche scritture, esclusa ogni altra prova di equipollenza. »

Basta la semplice e fugace lettura di tali disposizioni, perchè da esse, nella maniera più evidente, si raccolga:

a) Come il legislatore, facendosi guidare dal desiderio di redimere la proprietà fondiaria dal vincolo delle prestazioni in natura, abbia conceduto la facoltà di commutarle in danaro, non pure ai debitori delle rendite *ex feudali,* di estagli perpetui, di redditi e prestazioni di colonie perpetue, ma ai debitori di *canoni* e *prestazioni enfiteutiche* eziandio, senza però che tale commutazione venisse ad alterare per nulla l'essenza del rapporto enfiteutico (art. 1).

b) Come la qualità di *censi riservativi* sia stata impressa soltanto alle rendite e prestazioni *ex-feudali* di qualunque natura, eccettuando formalmente i soli *canoni enfiteutici* (art. 3).

c) Come infine, qual conseguenza legittima ed inevitabile del principio di essersi cambiata in quella di *censi riservativi* la natura delle prestazioni *ex-feudali* di qualunque specie, sia stato abolito il diritto di *devoluzione* per qualsiasi causa in prò degli *ex-feudatari,* costituendo tal dritto l'effetto e la prova irrefragabile del dominio diretto sul fondo che nel censo riservativo assolutamente non esiste (art. 4). Mentre d'altro canto si fa l'espressa riserva che l'abolizione del dritto di devoluzione non ha punto luogo in ordine ai *canoni ed alle prestazioni enfiteutiche,* « per le quali invece dovranno osservarsi la *natura* « *e le leggi dei contratti* » (art. 5).

Se l'essenza del censo riservativo sta in ciò, che colui, il quale lo percepisce, non conserva più sul fondo nè dominio

utile nè dominio diretto, i quali si riuniscono invece nel possessore che lo paga; nè ha contro quest' ultimo dritto di devoluzione per qualsiasi causa; mentre *il dominio diretto* e *il diritto di devoluzione* si conservano intatti, per la natura stessa delle cose, nel creditore del canone enfiteutico; (1) e se di questi supremi caratteri differenziali dei due istituti mostra di averne tenuto pienamente conto il legislatore napoletano negli atti legislativi sopra citati, ne viene inesorabile la conseguenza che là dove nel creditore dell' annua prestazione si riconosce il diritto di *devoluzione,* anzichè di censo riservativo, debba trattarsi di vero e proprio rapporto enfiteutico. Ora, basta per poco si ponga mente agli atti legislativi che ordinarono nell' ex reame di Napoli la ripartizione dei demani comunali indivisi, perchè balzi chiaramente agli occhi, come il medesimo legislatore, per non sovvertire di un colpo l' ordine attuale delle cose, abbia curato d' imprimere a tali ripartizioni l' essenza del carattere enfiteutico.

È bene tener presenti tutte le disposizioni relative a siffatto argomento, perchè dal loro complesso organico si rilevi in tutta la sua pienezza il vero concetto del legislatore che le ha dettate.

(Legge del 1 settembre 1806). Art. 1. « I demani di qualsivoglia natura feudali o di chiesa, comunali o promiscui, saranno

---

(1) « *Census et emphyteusis differunt inter se in pluribus. Primo differunt: quia in censuali transfertur dominium in recipientem tam directum quam utile: in emphyteusi non trasfertur nisi utile.*

« *Secunda differentia est: quia per emphyteutam solvitur canon et quod solvitur per censuarium appellatur census licet hodie promiscuis utamur vocabulis.*

« *Tertia differentia est: quia si in contractu censuali non solvatur census res non incidit in commissum etiam si per mille annos non solvatur: sed in contractu emphyteutico, si intra bien, si est emphyteusis ecclesiastica, si profana inter triennium non solvatur, pensio incidit in commissum.* »

FULGINEO - *Tractatus de jure emphyteutico - Preludiorum quaestio octava, n. 6 a 8; confr.* MENOCHIO, *de praesumpt., pr. 107, n. 4, lib.* 3.

ripartiti ad oggetto di essere posseduti come *proprietà libera* di coloro ai quali toccheranno. »

Art. 2. « Dei demanî feudali ne sarà assegnata all' università quella parte che sarà più vicina all' abitato, ecc... »

Art. 3. « I demanî, che appartengono alla chiesa ed ai monasteri, saranno nel medesimo modo divisi ecc. »

Art. 4. « I terreni, che in virtù di tale assegnazione ricadranno alle università, saranno ripartiti fra cittadini col peso della corrisponsione di un *annuo canone, proporzionato al giusto valore delle terre.* »

Art. 9. « Le terre, divise in forza della presente legge, saranno proprietà *libera dei cittadini, sotto il peso del canone.* »

(R. decreto 8 giugno 1807). Art. 1. « Sotto il nome di demanio o terreni demaniali, s' intendono compresi tutti i territori aperti, culti o inculti, qualunque ne sia il proprietario, sul quale abbian luogo gli usi civici e le promiscuità. »

Art. 4. « Coloro, che diverranno possessori delle porzioni derivanti dalla ripartizione dei demani di qualunque natura, resteranno pieni, liberi ed assoluti padroni delle proprietà loro toccate, dimodochè ad eccezione dell' annua prestazione, secondochè verrà detto in appresso, godranno dell' intera *facoltà di disporre come loro aggrada o coll' alienarle o darle in affitto, o con colticarle e riservarle al solo uso proprio, chiudendole senza che alcuno possa impedirglielo e senza che altri possano vantarvi o esercitarvi, sotto qualunque pretesto, niuno dei pretesi diritti o usi civili di pascere, acquare, legnare, pernottare o altri simili, sia in tempo che i territori stessi si trovano seminati, sia dopo la raccolta* ».

(R. decreto 3 dicembre 1808.) Art. 32. « I cittadini *concessionari,* qualunque sia stato il modo di divisione, saranno riguardati come padroni delle quoti loro spettate, e godranno di tutta

la pienezza del dominio e della proprietà con farne liberamente uso, salve le eccezioni espresse nell'art. precedente. (2) Saranno, però, tenuti alla corrisponsione del reddito e si darà luogo alla *devoluzione dei fondi conceduti pel reddito non pagato per un triennio.* I fondi devoluti saranno *riconceduti* a quelli dei concessionarî che saranno giudicati i migliori coltivatori. »

Art. 36. « I redditi stabiliti sui demanì divisi, saranno *affrancabili* alla ragione del 5 per 0[0 *nel modo* prescritto nel decreto 20 giugno corrente anno pei redditi ex-feudali. »

(Legge organica sull' amministrazione civile 12 dicembre 1816). Art. 182. « I demani comunali saranno divisi ed assegnati in *libera* proprietà ai cittadini mediante la prestazione di un *canone* a favore del *comune* secondo gli stabilimenti adottati. »

Art. 185. « Le quote demaniali abbandonate dai partecipanti, cui sono state assegnate, *ritornano al demanio comunale.* S' intendono abbandonate le quote comunali, qualora si *lascino inculte per tre anni* consecutivi, o si trovino alienate o ipotecate con atti veri o simulati nel decennio dalla data del possesso. »

Tutte queste disposizioni, prese nel loro insieme, depongono nella maniera più inconcussa come l'intendimento del legislatore sia stato quello di creare, mediante la ripartizione dei demani comunali, un vero rapporto enfiteutico tra i Comuni concedenti ed i comunisti concessionari.

Di ciò ne porge innanzi tutto piena testimonianza la parola *canone* adoperata ripetutamente dal legislatore per esprimere la prestazione annua cui sono tenuti i possessori delle quote demaniali, che è la parola tecnica onde sogliono qualificarsi le prestazioni enfiteutiche. « La prestazione enfiteutica è distinta

---

(2) Art. 31. « Le parti toccate in sorte a ciascuno non potranno però in alcun caso vendersi nè ipotecarsi per lo spazio di dieci anni, ancorchè fra questo termine il reddito sia ricomprato ».

« col nome di *canone*. Nessun altro contratto porta una presta-
« zione così nominata in modo che, se le parti avessero in un
« contratto chiamato *canone* la pensione che si dee pagare, se
« altronde nient' altro vi fosse in contrario, nessun dubbio che
« quel *contratto sarebbe di enfiteusi* » (JANNELLI, *Dell' enfiteusi*, n. 16).

E, in secondo luogo, a confermare meglio l'indole del rapporto enfiteutico, troviamo, nell' art. 32 del decreto 3 dicembre 1808, adoperate l'espressioni: *cittadini concessionari, fondi conceduti e fondi riconceduti,* le quali denotano abbastanza come si conservi sempre una parte del dominio nei Comuni concedenti, in ricognizione del quale si paga dai possessori dei terreni ripartiti l' annuo canone.

Quel che poi, in terzo luogo, mette irrefragabilmente il suggello alla natura enfiteutica impressa dal legislatore alla ripartizione dei demani comunali è senza dubbio il dritto di *devoluzione* formalmente consacrato in favore dei Comuni concedenti:

1) se il canone non sia pagato per un triennio (art. 32, decr. 3 dic. 1808);

2) se le quote ricevute si lasciano incolte per tre anni consecutivi. (Art. 185 leg. 12 dic. 1816);

3) se le quote siansi alienate nel decennio dalla data del possesso (art. 185 della leg. 12 dic. 1816);

Ora si sa che la devoluzione costituisce l'elemento essenziale dell' enfiteusi; rappresentando la consolidazione del dominio utile col dominio diretto, non per trasmissione ma per estinzione del primo.

Il diritto di devoluzione a prò dei Comuni sarebbe perfettamente inconcepibile, se non conservassero essi il dominio diretto, di cui quello è, a un punto, il segno e l' effetto, e di cui la esistenza può dar soltanto luogo al consolidamento del dominio

utile. Ed è addirittura destituito di qualsiasi valore giuridico l'argomento invocato dalla stessa Cassazione nella sua precedente sentenza del 10 maggio 1880 dove si dice che la devoluzione in favore dei Comuni « consisteva in una specie di « *risoluzione del contratto* per inadempimento di patto; avvegna- « chè chi non corrispondeva il canone stabilito per la quota di « terreno assegnatagli, doveva riconsegnarla precisamente come « il compratore può essere costretto a restituire la cosa com- « prata se non paga il prezzo. » Mi maraviglio anzi come l'egregio estensore della sentenza (il Tartufari), che è una vera illustrazione della magistratura italiana, sia caduto in un errore così grossolano da ritenere la devoluzione qual conseguenza dello *scioglimento* del contratto solo nel caso dei demani comunali divisi quasi fosse una esclusiva specialità di siffatte concessioni, senza por mente che sempre, in ogni caso, e per qualsiasi rapporto enfiteutico, la devoluzione è conseguenza inevitabile dello scioglimento del contratto, non potendo le cose rimettersi allo stato di prima, senza la preventiva risoluzione del contratto.

« La devoluzione suppone necessariamente lo scioglimento « del contratto; senza questo passo preventivo non può esservi « devoluzione: se il contratto sussiste, le cose non possono ri- « mettersi nello stato in cui si troverebbero se il contratto non « si fosse mai stipulato; ancor dura il diritto dell'enfiteuta: è « lo scioglimento del contratto che fa cessare questo diritto e « quindi la causa di possedere nel medesimo; il di costui diritto « va allora a consolidarsi con la proprietà, e, ritornata questa « nel suo stato normale, ritorna nel proprietario il diritto al « possesso. In breve la consolidazione del diritto dell'enfiteuta « con la proprietà, non per trasmissione, ma per estinzione « dicesi devoluzione.

«..... Ciò manifesta che la devoluzione non è una penale

« propriamente e legalmente intesa: essa è la conseguenza diretta
« dello scioglimento del contratto e della rimessione delle cose
« al pristino stato, e se ciò avviene per cessazione del paga-
« mento del canone, non altro vi si può scorgere, che una mi-
« sura di rigore » (JANNELLI, *Op. cit.*, n. 205).

« *Et cum dicimus consolidari dominium utile cum directo, non illud significamus quod vulgo pragmatici putant incipere dominium directum utile quoque dominium habere, sed illud potius utile dominium finire et extingui consolidatione, quomodo etiam dicimus finire usumfructum. Nam quemadmodum usus fructus nullus est, qui sit cum proprietate conjunctus, ut a nobis pluribus scriptum et comprobatum est lib. 15 conject. cap. 18, sed constituitur per separationem a proprietate, ita nec dominium utile ullum est, quod cum directo possit esse conjunctum, sed fit utile per distinctionem et separationem a directo. Rursum sicuti ususfructus finitur consolidatione, sed ita tamen ut non idcirco adquiratur proprietario, ita et dominium utile extinguitur per consolidationem, nec ob id tamen adquiritur domino directo, cui nimirum satis est quod dominus directus sit, dum ne alius quisquam sit utilis. Itaque cum per commissum nihil juris adquiratur domino directo, sed tantum cadat dominus utilis a jure suo per eam quae ipso jure fit contractus resolutionem, mirum non est finiri jus pignoris aut servitutis, si quod emphyteuta medio tempore fuerat constitutum, quasi ab eo constitum, qui licet utilis dominii jus tum habuerit, coepit tam postea in eo esse, ut nec dominium, nec aliud jus ullum in ea re unquam habuisse videatur.* (FABRO, *De Error.* id. *Pragmat.*, de cad., 23 err. 2, n. 8 e 9.

Sembrami poi una mera sottigliezza, cui non so come lo stesso illustre relatore nella precitata sentenza abbia potuto attribuire l'efficacia di vero argomento, quella di voler attenuare,

se non pure distruggere, il significato della devoluzione nel caso d'inadempimento degli obblighi enfiteutici per parte dei possessori dei demani divisi, dicendo che tale devoluzione non era stabilita in vantaggio del comune, ma della massa bensì dei comunisti, perchè il terreno ritornato per virtù della devoluzione del comune avrebbe dovuto riconcedersi ad altri coltivatori. È questo l'argomento prediletto messo in campo da due persone, per quanto egregie, per altrettanto legate al demanio dello Stato: è l'una il sig. Quarta *avvocato erariale in Roma,* nel suo elaborato commento alla legge sulla imposta di ricchezza mobile (pag. 260, n. 8 annotaz. agli art. 4, 5 e 6); il Dott. Manganaro l'altra, *agente delle imposte dirette a Potenza* in un suo pregevole opuscolo *Dei censi sui demani comunali* (a pag. 23).

L'erroneità di tale argomento deriva dell'aver confuso i rapporti di diritto pubblico con quelli di diritto privato.

Per motivi di ordine ed interesse pubblico la legge dispose, che fossero riconcessi ai migliori coltivatori (art. 32 in fine R. Decreto 3 dic. 1808) i terreni *ritornati,* in virtù della devoluzione, al *demanio comunale* (art. 185 leg. 12 dic. 1816) essendo lo scopo di essa rivolto a moltiplicare il numero dei proprietarii, ed a promuovere il miglioramento dei terreni incolti. È questa quindi una misura di ordine generale riguardante l'uso che i Comuni debbono fare dei beni demaniali divisi ritornati al loro patrimonio in seguito alla devoluzione, perfettamente estranea ai rapporti che passano tra il Comune concedente ed i singoli possessori delle quote, attuali concessionarii. La legge vuole che i terreni ripigliati non rimangano incolti nelle mani del Comune, ma di fronte a qualunque concessionario presente passato e futuro gli assicura sempre il dritto ad esigere la prestazione dell'annuo canone e la devoluzione del fondo nel caso di mancata coltura o di mancato pagamento. Il vincolo strettamente

enfiteutico, nel rapporto privato tra il Comune e il possessore della quota, non può per nulla essere alterato dall' obbligo che la legge, per motivi di pubblica economia e retta amministrazione, fa ai Comuni di non trattenere presso di loro dei terreni incolti ma di riconcederli ad altri coltivatori.

Nè è punto di ostacolo che il legistatore in taluni articoli citati abbia detto che i demani ripartiti sarebbero stati posseduti come *proprietà libera* dei *cittadini,* ch' essi avrebbero avuto la *pienezza del dominio,* che sarebbero restati *pieni liberi* ed *assoluti padroni delle quote loro assegnate,* e che avrebbero potuto disporne come loro aggrada (art. 1 leg. 1 sett. 1806, art. 4 decr. 8 giugno 1807, art. 32, r. decr. 3 dic. 1808).

Per poter comprendere rettamente la vera portata di siffatte espressioni bisogna ricondursi allo stato in cui trovavansi i demanii comunali prima che ne fosse ordinata la loro ripartizione. Essi, secondo ne avverte lo stesso legislatore, erano tutti quei territorii aperti, colti o incolti, sui quali avean luogo gli *usi civici* (art. 1. r. decr. 8 giugno 1807). Di essi quindi, comunque la proprietà spettasse al Comune, l' uso era dei comunisti i quali vi esercitavano, tutti contemporaneamente, i dritti di pascere, legnare, acquare, pernottare ecc. Mediante la ripartizione, le quote di demanio assegnate a ciascun comunista entravano a formar parte del suo esclusivo patrimonio, e come tali venivano sottratte a qualunque pretesa di uso civico per parte degli altri comunisti. Ora questa pretesa reciproca non potea facilmente cancellarsi nell' anima dei singoli comunisti, quando vi era in loro la memoria recente di usi secolari esercitati sopra i demanii del Comune ch' erano riputati il demanio di tutti i cittadini. Si spiega con ciò la cura minuziosa del legislatore nell' enumerare tutti i dritti che i singoli possessori avrebbero acquistato sulle quote di terreno loro assegnate, la quale non ha altro scopo

che quello unicamente di fissare, come per virtù della ripartizione venivano a cessare del tutto, gli usi civici fin allora esercitati nei demani comunali indivisi. E questo appunto denota, con efficacia veramente scultoria, l'espressione assai significativa — *proprietà libera* — di cui si fanno forti gli avversarii della nostra tesi, e la Corte di Cassazione con essi, adoperata dal legislatore, per indicare precisamente che le quote assegnate a ciascun comunista sarebbero divenute *proprietà libera* da qualunque uso civico fino allora esercitato. Lo stesso art. 4 del decr. 8 giugno 1807, che serve tanto di alimento alla dottrina contraria, è ispirato perfettamente a questo concetto, spiegando testualmente quel che significa che i possessori delle quote sarebbero divenuti *pieni, liberi ed assoluti padroni* delle proprietà loro toccate: « *ad eccezione dell'annua prestazione,* essi go-
« dranno dell'intera facoltà di disporre come loro aggrada delle
« proprietà loro toccate, o coll'alienarle o darle in affitto, o con
« coltivarle o riservarle al solo uso proprio; *chiudendole senza*
« *che alcuno possa impedirglielo, e senza che altri possano*
« *vantarvi o esercitarvi, sotto qualunque pretesto, niuno dei*
« *pretesi dritti od usi civici di pascere, acquare, pernottare,*
« *legnare o altri simili, sia in tempo che i territorii stessi si*
« *trovano seminati, sia dopo la raccolta* ». Dunque il concetto della *proprietà libera* non riguarda il rapporto col Comune per il quale si fa la riserva dell'annua prestazione, in riconoscimento del dominio diretto; ma riguarda invece il rapporto cogli altri comunisti, i quali, dopo la ripartizione dei demanii, non avrebbero avuto più il dritto di esercitare gli usi civici esercitati prima della loro ripartizione. Le quote possedute sarebbero perfettamente libere in rapporto agli altri comunisti, che non avrebbero potuto vantarvi più ingerenza di sorta, ma non in rapporto al Comune che avrebbe percepito un annuo canone qual ricono-

scimento del dominio diretto sopra di esse, il cui non pagamento per tre anni gli avrebbe fatto riacquistare, mediante la devoluzione, l' intero dominio.

« I terreni... saranno ripartiti tra cittadini, col *peso della corresponsione di un annuo canone* » (art. 4 leg. 1 sett. 1806.)

« Le terre divise in forza della presente legge saranno proprietà libera dei cittadini, sotto il *peso* del *canone* » (art. 9, ibid.)

« I demani comunali saranno divisi ed assegnati in libera proprietà ai cittadini mediante la *prestazione* di un *annuo canone* a favore del Comune » (art. 182 leg. 12 dic. 1816).

E molto meno importa che la legge non abbia stabilito in prò dei Comuni, come per le altre enfiteusi allora vigenti, il dritto di *prelazione* o *d'interpellazione* nel caso che il concessionario avesse voluto alienare la quota assegnatagli. Ciò naturalmente avrebbe frustrato lo scopo liberale della legge, che, mediante la ripartizione dei demanii, si proponeva di molteplicare il numero dei piccoli proprietarii, e di favorire quelli che mostrassero maggiori attitudini nel conservare ed aumentare la proprietà; mentre d' altro canto siffatto ostacolo al movimento libero della proprietà sarebbe stato del tutto inutile, non avendo i Comuni, al pari di qualsiasi privato, nessun interesse ad acquistare.

Il punto culminante della quistione a risolvere sta in questo: se, cioè, la circostanza di essersi data piena libertà di godere e disporre ai possessori dei demanii comunali divisi senza obbligo in loro d' interpellare prima i Comuni concedenti sia tale da escludere assolutamente i caratteri dell' enfiteusi e da imprimere invece quella semplicemente della *rendita fondiaria costituita, o dei censi riservativi* al contratto intervenuto fra Comuni e i quotisti.

Ora la soluzione testuale di ciò l'abbiamo nel codice civile italiano, il quale ci porge dell' enfiteusi quello stesso concetto

che il legislatore napoletano aveva impresso alla divisione dei demanii comunali. L' enfiteuta difatti *fa suoi tutti i prodotti* del *fondo* e delle sue *accessioni,* ha gli stessi *dritti* che *avrebbe* il *proprietario* quanto al *tesoro* e alle *miniere* che si scoprono nel fondo enfiteutico; può *disporre tanto del fondo enfiteutico* quanto delle sue accessioni, sia per *atto tra vivi,* sia per *atto* di *ultima volontà* (art. 1561, 1562). Gli obblighi dell' enfiteuta sono soltanto due: quello di *migliorare il fondo,* e quello di pagare l'*annuo canone* (art. 1556), l' inadempimento dei quali dà il dritto al domino diretto di chiedere la devoluzione del fondo conceduto (art. 1565).

Dunque son tre gli elementi costituitivi dell' enfiteusi: *a)* l' obbligo di migliorare il fondo, *b)* l' obbligo di pagare l' annuo canone, *c)* e, come sanzione dei due primi, l' obbligo di sottostare alla devoluzione nel caso d' inadempimento. Ora questi tre elementi costituitivi dell' enfiteusi concorrono perfettamente nel rapporto originatosi tra i Comuni concedenti e i quotisti concessionari a causa della divisione dei demani:

a) I quotisti hanno l' obbligo di pagare al Comune un annuo canone (art. 4 e 9 leg. 1 sett. 1806 e art. 182 leg. 12 dic. 1816);

b) Hanno l' obbligo di migliorare il fondo (art. 185 leg. 12 dic. 1816).

c) Finalmente hanno l' obbligo di sottostare alla devoluzione per parte del Comune qualora lascino incolte per tre anni consecutivi le quote loro assegnate, o non paghino per un trienno il canone stabilito (art. 32 decr. 3 dic. 1808 e art. 185 leg. 12 dic. 1816).

Sarebbe un grande assurdo, e, più che un grande assurdo, una grande ingiustizia, che il medesimo contratto ora debba essere qualificato per *contratto di enfiteusi,* appunto perchè concorrono gli elementi essenziali stabiliti dal cod. civ. it. agli af-

fetti di diritto comune fra direttario ed utilista; ora invece debba esser qualificato per semplice *contratto* di *rendita fondiaria* o *censo riservativo* per esser colpito dall' imposta di ricchezza mobile.

Quel che poi dà irrefragabilmente l' estremo suggello alla tesi da me sostenuta è l' art. 36 del R. Decreto 3 dic. 1808 formulato in questi termini precisi: « I redditi stabiliti sui demani « divisi *saranno affrancabili* alla ragione del 5 per 100 *nel* « *modo prescritto* nel decreto 20 giugno corrente anno *pei* « *redditi ex feudali.* »

Non occorre grande sforzo di mente per comprendere a prima giunta come la intenzione del legislatore sia stata unicamente quella di rendere comune ai redditi stabiliti sui demani comunali divisi il *modo di affrancamento* disposto pei redditi ex feudali, conservando poi del resto ciascuno di essi la propria natura. La legge infatti dice: *saranno affrancabili nel modo prescritto pei redditi ex feudali;* non già *acquisteranno la natura dei redditi ex feudali.* Dunque, se per l' essenza stessa dei due istituti e pel complesso delle disposizioni legislative sopra enumerate, affatto diversa è la natura dei medesimi, essa dee rimanere per forza inalterata, perchè il legislatore solo il modo di affrancamento ha reso comune ad entrambi.

Ora risulta dal menzionato decreto 20 giugno 1808, col quale fu data facoltà ai possessori di beni ex feudali di convertire in denaro le prestazioni in natura da loro dovute agli ex feudatarii, che le prestazioni ridotte in denaro acquistavano la qualità di *censi riservativi.*

Questo invero formalmente dispone l' art. 2 di detto decreto: « siffatti canoni pecuniarii *conserveranno la natura di censi riservativi sino a che non siano redimiti.* »

Mentre viceversa nell' art. 36 del decreto 3 dic. 1808 rela-

tivo alla divisione dei terreni comunali tassativamente si dice: « I redditi stabiliti sui demani divisi *saranno affrancabili nel* « *modo prescritto pei redditi ex feudali.* »

Qual migliòr prova e più inconcussa che essenzialmente diversa debba essere la natura dei due redditi se nel primo caso le prestazioni ex feudali ridotte in denaro conserveranno la natura *di censi riservativi* finchè non siano affrancati; mentre nel secondo caso i redditi sui demani comunali divisi serberanno intatta la loro natura risultante dall'essenza intima dei rapporti onde sono costituiti finchè non siano affrancati nella maniera in cui possono affrancarsi i primi che sono censi riservativi? Dunque solo l'affrancabilità e il modo di affrancamento hanno comune i due istituti: nel resto conserva ciascuno di essi l'essenza dell'organismo proprio. E che nei redditi sui demani comunali divisi stia impressa la natura del vero rapporto *enfiteutico* credo di averlo dimostrato abbastanza senza tema di essere smentito, quando ho fatto rilevare per virtù delle disposizioni legislative superiormente esaminate, come corcorrono in essi i tre elementi costituitivi dell'enfiteusi *a)* l'obbligo di pagare il canone, *b)* l'obbligo di migliorare il fondo, *c)* l'obbligo di sottostare alla devoluzione. Nessuno di questi elementi si scorge nelle disposizioni relative ai redditi ex feudali, salvo l'obbligo di pagare l'annua prestazione che é l'elemento comune dell'enfiteusi e del censo o rendita in qualsiasi modo costituita. *Quando quis tradit rem suam alicui, et in eum transfert omne dominium, directum et utile cum onere quod accipiens rem tenetur solvere certam annuam pensionem iste appellatur census reversativus* (FULGINEO, *Op.* e *loc. cit.* n. 1).

Ma vi ha anche di più. Nel regolamento del 17 genn. 1810, il legislatore provvido, dopo aver detto nell'art 3:

« Le rendite e le prestazioni ex feudali in denaro, e quelle,

« in genere, di qualunque natura, così prima come dopo la loro
« commutazione, tranne i soli canoni enfiteutici, non potranno esi-
« gersi se non nella qualità di censi riservativi dei fondi dai quali
« dipendono. Come tali essi costituiranno l' unica riserva degli
« antichi diritti degli ex baroni, abolito ogni altro diritto ed ogni
altra prerogativa finora esercitata » — soggiunge nell' art. 4:

« In conseguenza dell' art. precedente è abolita ogni devo-
« luzione sia per cultura non fatta sia per attrasso delle presta-
« zioni dovute, sia per morte dei concessionarii senza legittimi
« successori. Restano bensì salvi agli ex-baroni tutti i diritti che
« nascono dalla natura del censo riservativo, tanto su i frutti
« quanto sul prezzo del fondo redditizio per la riscossione delle
« rendite e delle prestazioni solite. »

Dunque il legislatore riconosce formalmente, qual conseguenza necessaria di un principio inconcusso, che la natura del censo riservativo esclude del tutto qualunque dritto di devoluzione a favore del creditore, avendo questo trasferito l' intero dominio del fondo nella persona obbligata al pagamento del censo. Or quando il legislatore stesso, che avea abolito il dritto di devoluzione a prò degli ex feudatarii, appunto perchè incompatibile colla natura del censo riservativo impressa nei redditi loro dovuti, riconosce formalmente il dritto di devoluzione a prò dei Comuni, nel caso di mancato pagamento e di mancato miglioramento del fondo, come per qualunque enfiteusi, qual prova migliore e più irrefragabile che debba ravvisarsi di necessità l' essenza del vincolo enfiteutico nella divisione dei demanii comunali, e che debba ritenersi avere i Comuni il dominio diretto sui medesimi, mentre i singoli non vi hanno acquistato che il dominio utile soltanto? Se la questione dee risolversi con la legge non può risolversi in altro modo, avendo il legislatore manifestato assai chiaramente la sua volontà.

E il legislatore delle due Sicilie non poteva certamente incorrere nell' errore grossolano di equiparare, per deplorevole confusione, l' una e l' altra maniera di reddito, avendo un concetto abbastanza esatto sulla natura diversa dei terreni, sui quali siffatto reddito dovea pagarsi.

L' art. 1 del decreto 20 giugno 1808 chiama espressamente col nome di territori appadronati dei particolari quelli soggetti alle prestazioni ex feudali. L' art 1 del decreto 8 giugno 1807 relativo alla ripartizione dei demani comunali, con termini non meno espliciti, qualifica demani comunali i territori aperti ed inculti qualunque ne sia il proprietario sui quali abbian luogo gli usi civici.

Dunque i terreni soggetti alle prestazioni ex feudali erano terreni coltivati divenuti proprietà dei privati: se nonchè erano soltanto gravati di redditi pregiudizievoli all' agricoltura. All' opposto i demanii comunali erano terreni incolti di proprietà del Comune gravati soltanto dagli usi civici. Se così è, il censo riservativo era concepibile soltanto nel primo caso spettando già la proprietà dei terreni ai privati possessori; non mai nel secondo dove la proprietà dei terreni risiedeva invece nel Comune. La natura stessa dei terreni in questo secondo caso, sia avuto riguardo alla condizione dominicale, sia avuto riguardo alla condizione agricola, rendeva necessario, per la natura stessa delle cose, il contratto di enfiteusi; mediante il quale passa nel possessore solo il dominio utile coll' obbligo in lui di migliorare il terreno e d' incorrere nella devoluzione per mancato miglioramento, o per mancato pagamento.

La diversità nelle condizioni di fatto in ordine alle due specie di terreni esigeva per forza una corrispondente diversità nelle guarentige di dritto; e così fece, per virtù di liberali propositi, il legislatore delle due Sicilie.

La cassazione di Roma, intanto, facendo una strana confusione di idee, affatto indegna della sua consueta sapienza, da ciò che l'art. 36 del decreto 3 dic. 1808 ha dichiarato affrancabili i redditi stabiliti sui demanii comunali divisi, nel modo prescritto dal decreto 20 giugno dello stesso anno pei redditi ex feudali, ha voluto dedurre che il legislatore abbia inteso parificare in tutto la natura dei due redditi. Abbaglio maggiore di questo non potrebbe prendersi! Se il legislatore ha detto che sono affrancabili al modo dei redditi ex feudali, vuol dire che solo il modo di affrancamento abbia voluto rendere comune ai due redditi, lasciando del resto che ognuno serbasse la propria natura quale risulta dalla essenza stessa delle cose e dalla doppia serie delle disposizioni legislative che regolano diversamente i due istituti.

L'affrancabilità del canone poi non è tale, d'altro canto, che possa alterare per nulla l'essenza del contratto enfiteutico. Oltrechè formalmente ammessa dal cod. civ. ital. nell'art. 1564, la era anche permessa dal cod. delle Due Sicilie, (art. 1701) quando risultasse da speciale convenzione. « La *redimibilità del* « *canone* non apporta durante il contratto alcuna *alterazione* « all'*enfiteusi:* questa si regge con le norme stesse come se una « tale redimibilità non fosse esistita, gli effetti di questo patto « non spiegano influenza che al momento in cui si viene effet« tivamente all'affrancazione » (JANNELLI, *Op. cit.* n. 407).

Il concetto esplicito del legislatore è questo: i redditi ex feudali hanno la natura di censi riservativi prima dell'affrancamento; i canoni sui demani comunali possono affrancarsi al modo dei redditi ex feudali: ciascuno di essi serba in tutto il resto la propria natura ed è soggetto a disposizioni legislative diverse.

E dopo ciò non mi resta che chiudere questo qualsiasi lavoro al modo istesso onde l'ho cominciato; deplorando, cioè,

come la Suprema Corte di cassazione romana, nella quale, pari alla grande autorità è la sapienza giuridica di cui, per numerose e frequenti occasioni, ha sempre dato splendida prova, abbia potuto accogliere così leggermente una dottrina che, sottoposta al più lieve esame, si riscontra erronea, senza corredarla, almeno, di argomenti così forti e decisivi da rendere importante anche un errore giudiziario. E certamente sono entrambe persone egregie e di bella fama i consiglieri redattori delle due sentenze di cui, non senza trepidanza, mi permetto combattere le idee. Gli è che spesso le parvenze pigliano il luogo della realità sì da non salvare neanche i grandi dalle vie dell'errore; e questa volta, o ch'io m'inganno, parmi sommamente erronea la massima consacrata dalla Corte regolatrice di Roma. Onde, malgrado il grande rispetto che ad essa mi lega, oso ritenere che siano dipendenti da dominio diretto i redditi che i Comuni delle province meridionali percepiscono dai possessori dei terreni demaniali ripartiti; e che, fino a quando non si trovino migliori argomenti per giustificarla, non possa sottrarsi all'accusa di fiscalità la massima suggellata dall'autorità di due sentenze conformi che li dichiara soggetti all'imposta di ricchezza mobile.

FINE.

INDICE

Dedica.
Prefazione.

PARTE PRIMA

STUDI DI DOTTRINA

I. Lo studio del diritto civile negli stati moderni . pag. 3
II. La funzione sociale dei contratti e la causa giuridica della loro forza obbligatoria . . . . . « 35
III. La dottrina delle fiducie nel codice civile italiano « 75
IV. Il testamento è contratto? . . . . « 103
V. La proprietà e i suoi limiti nella legislazione civile italiana . . . . « 119
VI. Se al coniuge superstite per la quota di usufrutto nella successione legittima competa la qualità di erede . . . . « 169
VII. Il creditore di una rendita perpetua, se esige in buona fede, non è tenuto a restituire più di quattro annualità a colui, che, reputandosi erroneamente debitore, l'abbia pagato per molti anni. « 211
VIII. Il curatore speciale nominato al minore da un terzo, a norma dell'Art. 247 del Codice Civile per amministrare la sostanza che gli trasmette, è tenuto a dare cauzione? . . . . « 221
IX. I contratti innominati nel diritto romano e nella legislazione italiana . . . . « 231
X. La questione del divorzio in Italia . . . . . « 247

PARTE SECONDA

STUDI DI GIURISPRUDENZA

I. La forza probante del testamento olografo regolarmente depositato presso notajo . . . . . pag. 311
II. Del possesso reale in materia di successione . . « 399
III. Sulla prescrizione degli interessi moratorî . . . « 509
IV. Se i redditi sui demanî divisi delle province meridionali siano soggetti all'imposta di ricchezza mobile . . . . « 549